

TARTU ÜLIKOOL  
ÕIGUSTEADUSKOND  
Võrdleva õigusteaduse õppetool

Mariann Sirgmet

**VABA TARKVARA JA SELLE ALUSEL LOODAVATE TARKVARALAHENDUSTE  
HANKIMINE AVALIKUS SEKTORIS**

Magistritöö

Juhendaja

*Doctor iuris* Mario Rosentau

Tartu  
2013

# Sisukord

Sissejuhatus .....	3
1. Vaba tarkvara ja selle kasutamine.....	8
1.1. Vaba tarkvara olemus .....	8
1.1.1. Vaba tarkvara ajalugu ja mõiste .....	8
1.1.2. Vaba tarkvara ja ärivara erinevused.....	12
1.1.3. Vaba tarkvara liigid .....	14
1.2. Vaba tarkvara kasutamise põhjused avalikus sektoris.....	15
2. Vaba tarkvara ja selle alusel loodava tarkvara hankimise võimalused .....	18
2.1. Riigihangete seaduse tõlgendamine .....	18
2.2. Riigihangete seaduse kohaldamine .....	20
2.2.1. Riigihangete seaduse kohaldamisalasse kuuluvate tehingute tunnused .....	20
2.2.2. Vaba tarkvara litsentsiga ühinemise ja vaba tarkvara alusel loodava tarkvara tellimise kuulumine riigihangete seaduse kohaldamisalasse.....	21
2.2.2.1. Leping.....	21
2.2.2.2. Asi või teenus kui lepingu ese .....	27
2.2.2.3. Vastastikused varalised kohustused .....	28
2.3. Hankimise võimalused riigihankemenetluses .....	30
2.3.1. Vabale tarkvarale viitamine hankedokumentides.....	30
2.3.1.1. Tehniline kirjeldus .....	30
2.3.1.2. Pakkumuste hindamise kriteeriumid .....	36
2.3.1.3. Hankelepingu tingimused .....	40
2.3.2. Hankemenetluse liigi valik.....	45
2.3.2.1. Vaba tarkvara.....	45
2.3.2.2. Vaba tarkvara alusel loodav tarkvaralahendus .....	49
3. Kehtiva riigihangete regulatsiooni muutmise vajadus ja võimalused.....	59
Kokkuvõte .....	65
Public procurement of free software and software solutions that are created based on it .....	69
Lühendid.....	74
Kasutatud allikad .....	75
Kasutatud kirjandus.....	75
Kasutatud normatiivmaterjal .....	81
Kasutatud kohtu- ja riigihangete vaidlustuskomisjoni praktika .....	81
Kasutatud muud allikad.....	83

## Sissejuhatus

Infotehnoloogia areng on viimastel aastakümnetel lisaks uutele infotehnoloogilistele lahendustele toonud kaasa ka muutused ühiskonnas. Üks uutest nähtustest, mis on seoses infotehnoloogilise arenguga tekkinud, on intellektuaalse loomingu tulemuste jagamine ilma otsest rahalist kompensatsiooni nõudmata.<sup>1</sup> Inglise keeles nimetatakse niisugust nähtust *free culture* ehk otsetõlkes „vaba kultuur”.<sup>2</sup> Vaba kultuuriga on tihedalt seotud tarkvara<sup>3</sup> levitamine selle kasutajatele laialdaste õiguste andmisega nende õiguste eest tasu küsimata. Tarkvara, mida niisugustel tingimustel levitatakse, on tuntud vaba tarkvarana.<sup>4</sup>

Avalikus sektoris on vaba tarkvara litsentsiga ühinemine üks tarkvara omandamise võimalus,<sup>5</sup> mida on hakatud nii Euroopa Liidus kui ka Eestis viimasel aastatel üha enam teadvustama ning selle ökonoomsuse tõttu ka soosima. Näiteks on 2010. aasta Euroopa koosvõime raamistikus vaba tarkvara kasutamine toodud välja ühe olulise põhimõttena.<sup>6</sup> Samuti on vaba tarkvara lahenduste laialdasem kasutamine avalikus sektoris ühe eesmärgina toodud välja 2009. aastal Euroopa Liidu e-valitsuse ministrite konverentsil Malmös vastu võetud deklaratsioonis.<sup>7</sup> Eestis on avalikus sektoris vaba tarkvara kasutamisele tähelepanu pööratud näiteks Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumi juhtimisel koostatud „Tarkvara raamistikus”.<sup>8</sup> Selle järgi peaks avalik sektor tarkvara hankimisel ärivara kui peamise arvutikaupluste ja infotehnoloogiaettevõtete kaudu levitatava arvutitarkvara kõrval arvestama ka vaba tarkvara lahendustega.<sup>9</sup> Lisaks peaks „Tarkvara raamistiku“ järgi avalik sektor

---

<sup>1</sup> P. P. Mötsküla. Tarkvara õiguskaitse perspektiivid võrgustunud ühiskonnas. – Juridica 2006/VI, lk 388.

<sup>2</sup> L. Lessig. Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. New York: The Penguin Press, 2004. Arvutivõrgus: <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf> (09.03.2013), lk xiv.

<sup>3</sup> Magistritöös kasutab autor terminit „tarkvara“, pidades selle all silmas arvutiprogrammi autoriõiguse seaduse § 4 lg 3 p 3 tähenduses.

<sup>4</sup> Eesti Äritarkvara Liit. Arvutitarkvara liigid. Arvutivõrgus: <http://www.tarkvaraliit.ee/et/Arvutikasutajale/Arvutitarkvara-liigid-> (20.09.2012).

<sup>5</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse asutuste poolt tellitava arvutitarkvara autoriõiguste omandamise, litsentseerimise ja teenusepõhise kasutuse Põhimõtted. Versioon 1.0 / 20.11.2008. Arvutivõrgus: [http://www.riso.ee/et/failid/AITP\\_1-0.pdf](http://www.riso.ee/et/failid/AITP_1-0.pdf) (19.08.2012), lk 14.

<sup>6</sup> European Commission. Annex 2 to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions 'Towards interoperability for European public services'. COM(2010) 744 final. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/isa/documents/isa\\_annex\\_ii\\_eif\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/isa/documents/isa_annex_ii_eif_en.pdf) (20.04.2013), lk 26.

<sup>7</sup> Ministerial Declaration on eGovernment. Malmö, 18 November 2009. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/ministerial-declaration-on-egovernment-malmo.pdf> (13.12.2012), lk 4.

<sup>8</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium. Riigi infosüsteemi koosvõime. Tarkvara raamistik. Versioon 2, 2012. Kinnitatud majandus- ja kommunikatsiooniministri käskkirjaga 12-0106, 19.03.2012. Arvutivõrgus: <http://www.riso.ee/et/koosvoime/tarkvara> (25.08.2012).

<sup>9</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 10.

tellitud tarkvaralahendused litsentseerima Euroopa Liidu tarkvara vaba kasutuse litsentsiga<sup>10</sup> (edaspidi EUPL) või mõne muu tunnustatud vaba tarkvara litsentsiga.<sup>11</sup>

Seega on Euroopa Liidus ja Eestis võetud suund avalikus sektoris vaba tarkvara laialdasema kasutamise poole. Vaba tarkvara ja ärivara aga erinevad teineteisest nii õiguslikult olemuselt kui ka levitamiseviiside poolest. Seetõttu tekib küsimus, kas ja kuidas on võimalik tarkvara hankimisel vaba tarkvaraga arvestada. Seda eelkõige juhul, kui hankelepingu eeldatavast maksumusest lähtuvalt tuleb hankemenetlus läbi viia riigihangete seaduses<sup>12</sup> (edaspidi RHS) sätestatud korras. Tarkvara soetamisel vaba tarkvaraga arvestamise kohta on antud üldisi soovitusi. Näiteks A. Tanila jt poolt koostatud „Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitused“.<sup>13</sup> Samas ei ole magistritöö autorile teadaolevalt seni põhjalikumalt analüüsitud, kas kehtiv riigihangete seadus võimaldab tegelikkuses ärivara kõrval vaba tarkvara lahendustega arvestada ning kas vaba tarkvara hankimiseks on ärivaraga võrreldes võrdsed võimalused. Need küsimused vajavad aga analüüsimist ja vastamist, kuna vaba tarkvara kasutatakse üha enam, ent selle hankimise võimalused ei ole üheselt selged. Viimast kinnitab näiteks see, et riigihangete vaidlustuskomisjoni (edaspidi vaidlustuskomisjon) on jõudnud vaba tarkvaraga seotud vaidlustused. Samuti on õiguskirjanduses esitatud avalikus sektoris vaba tarkvara hankimise võimaluste kohta erinevaid seisukohti.

Lisaks vaba tarkvara kui lõpptoote kasutamisele saab vaba tarkvara kasutada alusplatvormina uue tarkvara loomisel. Seejuures on eristatavad tarkvara kui terviku ja selle osadega, sealhulgas alusplatvormi ehk alustarkvaraga, seotud autoriõigused.<sup>14</sup> Hankija jaoks omavad alustarkvaraga seotud autoriõigused tähtsust, kuna alustarkvara looja poolt arendajale nende õiguste üleandmisest või õiguste kasutamiseks loa andmisest sõltub, kas ja kuidas võib hankija edaspidi loodud tarkvara kasutada ning muuta või täiendada. Kui alustarkvara arendamiseks arendajal õigused puuduvad, siis rikutakse uue tarkvara loomisega ja edaspidi selle kasutamisega alustarkvara autori õigusi. Vaba tarkvara kasutamisel alusplatvormina selline oht puudub, kuna vaba tarkvara kasutajatel on laialdased õigused, sealhulgas õigus

---

<sup>10</sup> European Union Public Licence (EUPL). Arvutivõrgus: <http://joinup.ec.europa.eu/software/page/eupl> (02.10.2012).

<sup>11</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 12.

<sup>12</sup> Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 06.07.2012, 13.

<sup>13</sup> A. Tanila jt (koost). Riigi infosüsteemi koosvõime. Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitusel. Tarkvara raamistik. Versioon 2.0. Tallinn 2011. Arvutivõrgus: <http://www.riso.ee/et/koosvoime/tarkvara> (25.08.2012), lk 11.

<sup>14</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse, lk 6.

vaba tarkvara arendada.<sup>15</sup> Vaba tarkvara kasutamine uue tarkvara alusplatvormina avaliku sektori asutuse<sup>16</sup> jaoks on ka soodne, kuna tasu vaba tarkvara edasiarendamise õiguse eest ei küsita.<sup>17</sup> Eeltoodud põhjustel analüüsitakse käesolevas magistritöös lisaks vaba tarkvara kui valmistoote hankimise võimalustele ka vaba tarkvara alusel loodava tarkvara hankimise võimalusi.

Tarkvara hankimisega seonduvaid probleeme on varem käsitlenud M. Hakkaja magistritöös „Infotehnoloogilistele lahendustele riigihangete korraldamise küsimusi hankija seisukohast“<sup>18</sup> ning vaba tarkvaraga seonduvaid küsimusi P. P. Mõtsküla magistritöös teemal „Vaba tarkvara litsentside süstemaatiline analüüs“<sup>19</sup>. Kummaski uurimuses pole aga analüüsitud lähemalt vaba tarkvara hankimist riigihankemenetluses.

Käesoleva magistritöö eesmärk on anda vastus küsimusele, kas vaba tarkvara ja selle alusel loodavaid tarkvaralahendusi on võimalik riigihankemenetluses hankida võrdselt ärivara ja ärivara baasil loodavate tarkvaralahendustega. Käsitluse alt jäävad välja juhtumid, kui hankelepingu eeldatav maksumus jääb alla riigihanke piirmäära. Püstitatud küsimusele vastuse andmiseks tuleb magistritöös käsitlemisele kolm põhiprobleemi. Esiteks, kas vaba tarkvara ja selle alusel loodavate lahenduste hankimiseks tuleb läbi viia riigihankemenetlus. Teiseks, kas ja kuidas on võimalik riigihankemenetluses hankida vaba tarkvara ja selle alusel loodavaid lahendusi. Kolmandaks, kas vaba tarkvara lahendusi on võimalik riigihankemenetluses tarkvara hankimisel ärivara lahenduste kõrval arvesse võtta. Uurimuse lõpptulemusena selgub, kas kehtivat riigihangete seadust ja teisi asjakohaseid normatiivakte oleks vaja täiendada, võrdsustamaks vaba tarkvara ja ärivara hankimise võimalusi, või on kehtiv regulatsioon sobiv mõlema tarkvaraliigi hankimiseks. Magistritöö autori poolt püstitatud hüpotees on, et kehtiva riigihangete seaduse järgi ei ole vaba tarkvara ja selle alusel loodavate lahenduste hankimise võimalused ärivara hankimise võimalustega võrdsed. Uurimismeetoditena on magistritöös kasutatud peamiselt süsteemset, analüütilist ning modelleerivat meetodit. Käesolev magistritöö on teoreetiline uurimus.

---

<sup>15</sup> Free Software Foundation. The free software definition. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html> (22.08.2012); Open Source Initiative. The Open Source Definition. Arvutivõrgus: <http://opensource.org/osd.html> (22.08.2012).

<sup>16</sup> Magistritöös kasutab autor terminit „avaliku sektori asutused“, hõlmates sellega RHS § 10 mõttes hankijaid.

<sup>17</sup> S. J. Davidson. A Primer on Open Source Software for Business People and Lawyers. Arvutivõrgus: [http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/opensource\\_software\\_primer.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/opensource_software_primer.pdf) (07.04.2013), lk 7.

<sup>18</sup> M. Hakkaja. Infotehnoloogilistele lahendustele riigihangete korraldamise küsimusi hankija seisukohast. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2012.

<sup>19</sup> P. P. Mõtsküla. Vaba tarkvara litsentside süstemaatiline analüüs. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2009.

Magistritöös on õigusallikatest analüüsitud peamiselt riigihangete seadust ja tulenevalt probleemi seotusest autoriõigustega autoriõiguse seadust<sup>20</sup> (edaspidi AutÕS). Põhjusel, et riigihangete seadusega on üle võetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. aasta direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihanketingute, asjade riigihanketingute ja teenuste riigihanketingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta<sup>21</sup> (edaspidi riigihangete direktiiv), on riigihangete seaduse tõlgendamisel arvestatud ka viimasega. Samuti on kasutatud Euroopa Komisjoni 28.11.2007. aasta määrust (EÜ) nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega<sup>22</sup> (edaspidi CPV määrus).

Õiguskirjandusest on magistritöös kasutatud nii Kontinentaal-Euroopa kui ka Anglo-Ameerika õigusteoreetikute ja -praktikute käsitlusi. Seda põhjusel, et Eesti kuulub küll Kontinentaal-Euroopa õigussüsteemi, ent vaba tarkvara on välja kujunenud Anglo-Ameerika õigussüsteemis.<sup>23</sup> Eestikeelsest õiguskirjandusest on kasutatud eelkõige M. Rosentau ja M. A. Simovarti Juridica artikleid. Olulisteks allikateks on veel juba eespool mainitud „Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitused“<sup>24</sup> ja „Tarkvara raamistik“<sup>25</sup>. Eestikeelset kirjandust on magistritöös kasutatud peamiselt üldiste probleemide käsitlemisel, kuna magistritöö teema kohta on eestikeelseid allikaid väga vähe. Võõrkeelsetest allikatest on kasutatud peamiselt N. Suzori, B. Fitzgeraldi ja G. Bassetti artikleid, Hollandi avaliku sektori asutustele välja antud tarkvara hankimise mittesiduvat juhist<sup>26</sup> ning erinevaid soovitusi vaba tarkvara hankimise kohta Euroopa Liidus. Kohtu- ja vaidlustuskomisjoni praktika käesoleval ajal vaba tarkvara valmistoodete hankimise kohta puudub, ent analüüsitud on olemasolevaid lahendeid vaba tarkvara baasil loodavate lahenduste hankimise kohta.

---

<sup>20</sup> Autoriõiguse seadus. – RT I 1992, 49, 615 ... RT I, 28.12.2011, 5.

<sup>21</sup> Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihanketingute, asjade riigihanketingute ja teenuste riigihanketingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 114–240 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 6, kd 7, lk 132-262).

<sup>22</sup> Euroopa Komisjoni 28.11.2007. a määrus (EÜ) nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega. – ELT L 74, 15.03.2008, lk 1-375.

<sup>23</sup> C. Daffara, J. M. González-Barahona (eds.). Free Software/Open Source: Information Society Opportunities for Europe? April 2000, version 1.2. Arvutivõrgus: <http://eu.conecta.it/paper.pdf> (05.02.2013), lk 5-6.

<sup>24</sup> A. Tanila jt.

<sup>25</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium.

<sup>26</sup> The acquisition of (open-source) software: A guide for ICT buyers in the public and semi-public sectors. Netherlands in Open Connection (NOiV), 2008. Arvutivõrgus: [http://cc.com.au/sites/cc.com.au/files/acquisition\\_of\\_open-source\\_software\\_-\\_text.pdf](http://cc.com.au/sites/cc.com.au/files/acquisition_of_open-source_software_-_text.pdf) (19.08.2012).

Magistritöö koosneb kolmest peatükist. Esimeses peatükis käsitletakse vaba tarkvara õiguslikku olemust ja selle erinevusi ärivarast, kuna vaba tarkvara ja ärivara erinevused mõjutavad nende tarkvarade hankimist. Seejuures on just vaba tarkvara erinevused ärivarast põhjuseks, miks vaba tarkvara ja selle alusel loodava tarkvara hankimise võimalused ei pruugi olla võrdsed ärivara hankimise võimalustega. Samuti käsitletakse esimeses peatükis vaba tarkvara avalikus sektoris kasutamise motive, selgitamaks, miks on vaba tarkvara hankimiseks ärivara hankimisega võrdsete võimaluste olemasolu oluline.

Teises peatükis analüüsitakse esmalt riigihangete seaduse tõlgendamise reegleid, millest magistritöö järgnevates osades lähtutakse, ning seejärel keskendutakse magistritöö autori poolt tõstatatud põhiprobleemidele. Põhiprobleemidena käsitletakse eraldi alapeatükkides esiteks riigihangete seaduse kohaldumise küsimust vaba tarkvara ja selle alusel loodava tarkvara hankimisele ning teiseks nende tarkvarade riigihankemenetluses hankimise võimalusi. Viimane hõlmab hankedokumentide erinevates osades vabale tarkvarale osutamise võimaluste ning vaba tarkvara ja ärivara võrdset hankimist võimaldavate hankemenetluse liikide väljaselgitamist. Arvestades teise peatüki järelduste ning lisaks teistes riikides vaba tarkvara hankimise jaoks välja töötatud lahendustega, analüüsitakse kolmandas peatükis riigihangete seaduse muutmise vajadust ja võimalusi.

# 1. Vaba tarkvara ja selle kasutamine

## 1.1. Vaba tarkvara olemus

### 1.1.1. Vaba tarkvara ajalugu ja mõiste

Vaba tarkvara kontseptsioon sai alguse 1970. aastate lõpus ja 1980. aastate alguses mitme üksteisest sõltumatu isiku tegevuse tulemusena.<sup>27</sup> Ühelt poolt andis vaba tarkvara kujunemisele tõuke tol ajal Massachusettsi Tehnoloogiainstituudi tehisintellekti laboris töötajate tarkvara programmeerijana töötanud Richard Stallman. R. Stallmani ajendas vaba tarkvara looma asjaolu, et ta ei saanud parandada laboris olnud printerit, kuna ei pääsenud ligi seda kontrolliva tarkvara lähtekoodile.<sup>28</sup> Olnud sügavalt pettunud tollal toimunud tarkvara kiires kommertsialiseerumises, otsustas R. Stallman alustada uue operatsioonisüsteemi GNU loomist, mille lähtekood oleks kõigile kättesaadav ning mida kõik saaksid vabalt kasutada, jagada, uurida ja muuta.<sup>29</sup>

GNU operatsioonisüsteemi kasutajatele eelnimetatud vabaduste tagamiseks töötati välja litsents, mis on tuntud kui GNU Üldine Avalik Litsents ehk GNU GPL.<sup>30</sup> Käesoleval ajal on see üks levinumaid vaba tarkvara litsentse.<sup>31</sup> R. Stallman pani aluse ka Vaba Tarkvara Sihtasutusele (Free Software Foundation),<sup>32</sup> mis tegeleb vaba tarkvara kohta informatsiooni levitamise, selle edasiarendamise finantseerimise ning vaba tarkvara kasutajate õiguste tagamisega.<sup>33</sup>

Lisaks R. Stallmanile oli vaba tarkvara kontseptsiooni kujunemisel oluline osa Berkeley Kalifornia Ülikooli infotehnoloogia uurimisgrupi tegevusel. Uurimisgrupp täiendas pidevalt

---

<sup>27</sup> C. Daffara, J. M. González-Barahona, lk 5.

<sup>28</sup> S. Williams. Free as in Freedom. Richard Stallman's Crusade for Free Software. Arvutivõrgus: <http://oreilly.com/openbook/freedom/ch00.html> (09.01.2013). Lähtekood tähendab inimese poolt loetavaid juhiseid, mis moodustavad arvutiprogrammi. Vt: M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogia valdkonnas. Infotehnoloogilise loomingu olemus. – Juridica 2008/III, lk 171-172.

<sup>29</sup> B. Fitzgerald, N. Suzor. Legal Issues for the Use of Free and Open Source Software in Government. – Melbourne University Law Review 2005/29, lk 413-414; R. Stallman. New Unix implementation. Initial Announcement, 27 September 1983. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/gnu/initial-announcement.html> (09.01.2013).

<sup>30</sup> Lühend tuleneb litsentsi ingliskeelsest nimetusest GNU General Public License.

<sup>31</sup> Free Software Foundation. Licenses. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/licenses/licenses.html#GPL> (06.02.2013).

<sup>32</sup> C. Daffara, J. M. González-Barahona, lk 5-6.

<sup>33</sup> Free Software Foundation. The Free Software Foundation (FSF) is a nonprofit with a worldwide mission to promote computer user freedom and to defend the rights of all free software users. Arvutivõrgus: <http://www.fsf.org/about/> (12.02.2013).



tollal laialt levinud Unixi operatsioonisüsteemi, mille tulemusena arenes välja selle operatsioonisüsteemi modifitseeritud versioon BSD Unix. 1980. aastate lõpus hakati seda levitama Berkley Software Distribution (edaspidi BSD) litsentsi alusel, mis on litsentsi GNU GPL kõrval üks vanemaid vaba tarkvara litsentse.<sup>34</sup>

Arengud vaba tarkvara laialdasema kasutamise ja edasiarendamise suunas viisid selleni, et 1990. aastate lõpuks oli vabast tarkvarast saanud arvestatav alternatiiv ärivarale.<sup>35</sup> Vaba tarkvara kontseptsiooni arenemise käigus kujunes kaks erinevat liikumist: Vaba Tarkvara Sihtasutus ja Avatud Lähtekoodi Initsiatiiv (Open Source Initiative). Sõltuvalt sellest, et mõlemad liikumised on andnud omalt poolt vaba tarkvara määratluse, esineb kaks põhilist vaba tarkvara kontseptsiooni: vaba tarkvara (*free software*) ja avatud lähtekoodiga tarkvara (*open source software*).<sup>36</sup>

Vaba Tarkvara Sihtasutuse poolt antud definitsiooni kohaselt on vabaks tarkvaraks tarkvara, mille lähtekood on avatud ning mida iga selle kasutaja võib:

- 1) mis tahes eesmärgil kasutada;
- 2) uurida, saamaks teada, kuidas tarkvara töötab, ning seda kohandada vastavalt oma vajadustele;
- 3) levitada;
- 4) muuta ja parendada ning sellisel kujul levitada.<sup>37</sup>

Oluline on vaba tarkvara juures see, et vaba tarkvara puhul tähendab vabadus just nelja ülalnimetatud õigust ning lisaks juurdepääsu lähtekoodile.<sup>38</sup> Nimetatud õiguste teostamise ning lähtekoodile juurdepääsu võimaldamise eest vaba tarkvara levitajad tasu ei tohi küsida.<sup>39</sup> See tähendab nõuda ei tohi autoritasu. Siiski ei ole keelatud küsida otsest või kaudset rahalist kompensatsiooni tarkvara koopiote levitamise kulude, samuti hooldusteenuse või muu tugiteenuse pakkumise eest.<sup>40</sup> Seetõttu ei pruugi vaba tarkvara olla alati tasuta.

---

<sup>34</sup> C. Daffara, J. M. González-Barahona, lk 6.

<sup>35</sup> C. Daffara, J. M. González-Barahona, lk 6.

<sup>36</sup> B. W. Carver. Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses. – Berkeley Technology Law Journal 2005/20, lk 450.

<sup>37</sup> Free Software Foundation. The free software definition.

<sup>38</sup> A. Tanila jt, lk 11; R. Stallman. Free Software: Freedom and Cooperation. Speech at New York University. New York, 29 May 2001. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/events/rms-nyu-2001-transcript.txt> (05.10.2012).

<sup>39</sup> S. J. Davidson, lk 7.

<sup>40</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 22.

Avatud Lähtekoodi Initsiatiiv on esitanud omalt poolt avatud lähtekoodiga tarkvara määratluse. Selle kohaselt vastab avatud lähtekoodiga tarkvara järgmistele kriteeriumitele:

- 1) Tarkvara on vabalt levitav. See tähendab, et piiratud ei tohi olla tarkvara tasuta jagamine;
- 2) Lähtekood on tarkvaraga kaasas või muul moel vabalt kättesaadav;
- 3) Lubatud on tarkvara modifitseerimine ja edasiarendamine;
- 4) Muudetud tarkvara lähtekoodi peab olema võimalik vabalt levitada. See võib olla piiratud vaid tingimusega, et muudetud lähtekoodi levitatakse koos algse lähtekoodiga, nii et need kaks oleksid selgelt eristatavad;
- 5) Litsents kehtib kõikidele isikutele ja gruppidele ühtemoodi;
- 6) Tarkvara on lubatud kasutada kõikides tegevusvaldkondades;
- 7) Litsents kehtib kõigile tarkvara kasutajatele täiendava litsentsilepingu sõlmimise vajaduseta;
- 8) Litsents ei tohi olla seotud kindla tootega. See tähendab, et tarkvara ei tohi litsentsida ainult mingi muu tarkvara koosseisus, vaid seda peab saama litsentsida ka eraldi;
- 9) Litsentsis ei tohi nõuda, et muu tarkvara, millega koos seda jagatakse, peab olema samuti avatud lähtekoodiga;
- 10) Litsents peab olema tehnoloogia suhtes neutraalne, mis tähendab, et ei tohi nõuda ainult teatud kindlal tehnoloogilisel viisil litsentsiga nõustumise kinnitamist. Näiteks ei tohi litsentsiga nõustumine sõltuda internetis „nõustun tingimustega” lahtril klikkimisest.<sup>41</sup>

Eelnevast nähtub, et Avatud Lähtekoodi Initsiatiivi poolt antud definitsioon on detailsem kui Vaba Tarkvara Sihtasutuse definitsioon. Sisuliselt on nende puhul tegemist aga samasuguste tunnustega tarkvaradega.<sup>42</sup> R. Stallmani sõnul seisneb nende kahe määratluse erinevus vaid väärtustel, millel need põhinevad. Nimelt avatud lähtekoodiga tarkvara viitab tarkvara arendamise metoodikale, keskendudes üksnes praktilisele probleemile, kuidas muuta tarkvara paremaks. Vaba tarkvara näol on aga tegemist sotsiaalse liikumisega, mis tegeleb eetiliste küsimustega, rõhutab tarkvara kasutajate vabadusi ning mille põhieesmärgiks pole tarkvara edasiarendamine, vaid tarkvara kasutajatele suurema vabaduse andmine. Niisugusele erinevusele viitavad ka erinevad terminid „avatud lähtekoodiga tarkvara”, mis rõhutab tarkvara lähtekoodi avatust, ja „vaba tarkvara”, mis rõhutab tarkvara vabadust.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Open Source Initiative. The Open Source Definition.

<sup>42</sup> Samale seisukohale on jõudnud ka P. P. Mõtsküla oma magistritöös. Vt: P. P. Mõtsküla. Vaba tarkvara, lk 10.

<sup>43</sup> R. Stallman. Why Open Source misses the point of Free Software. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html> (07.02.2013).

B. Fitzgerald, N. Suzor ja B. W. Carver on sarnaselt R. Stallmaniga leidnud, et vaba tarkvara ja avatud lähtekoodiga tarkvara erinevus on peamiselt filosoofiline ning praktikas vaba tarkvara tunnustele vastav tarkvara vastab reeglina ka avatud lähtekoodiga tarkvara definitsioonile ja vastupidi.<sup>44</sup> Põhjusel, et õigusliku analüüsi seisukohast niisugune filosoofiline erinevus vaba tarkvara ja avatud lähtekoodiga tarkvara vahel tähtsust ei oma,<sup>45</sup> neid kaht määratlust magistritöös edaspidi ei eristata.<sup>46</sup> Seetõttu on nii vaba tarkvara kui avatud lähtekoodiga tarkvara edaspidi hõlmatud terminiga „vaba tarkvara”.

Vaba tarkvara levitatakse ja kasutatakse litsentsi alusel, mis tagab eespool välja toodud vabadused. Enamik levinumaid vaba tarkvara litsentse on saanud Vaba Tarkvara Sihtasutuse ja Avatud Lähtekoodi Initsiatiivi formaalse kinnituse ning on loetletud internetis nende kodulehtedel.<sup>47</sup> Selliste litsentside hulka kuuluvad näiteks GNU GPL, BSD, Mozilla Public Licence.<sup>48</sup> Käesolevas töös nimetatakse edaspidi niisuguse kinnituse saanud litsentse üldlitsentsideks. Vaba tarkvara üldlitsentsiga on kaitstud näiteks operatsioonisüsteemid CentOS Linux, veebilehitsejad Mozilla Firefox, Chrome/Chromium ning tekstitöötlusprogrammid OpenOffice Writer ja LibreOffice Writer.<sup>49</sup> Vaba tarkvara litsents, mis ei ole formaalset kinnitust saanud, kuid täidab vaba tarkvara definitsiooni nõudeid, on samuti vaba tarkvara litsents, kuid siiski mitte üldlitsents.<sup>50</sup> Käesolevas töös on hõlmatud igasugune vaba tarkvara, olenemata sellest, missuguse litsentsi alusel seda levitatakse. Välja arvatud juhul, kui magistritöö autor on viidanud konkreetset üldlitsentsidele.

Hoolimata sellest, et suur osa vabast tarkvarast on kättesaadav tasuta, tuleb eristada seda vabavarast (*freeware*), mis tähendab tasuta tarkvara. Vabavara erineb vabast tarkvarast selle poolest, et vabavara lahutamatuks tunnuseks ei ole lähtekoodi avatus.<sup>51</sup> Lisaks tuleb vaba tarkvara eristada avalikust tarkvarast (*public domain software*). Viimase puhul on tarkvara

---

<sup>44</sup> B. Fitzgerald, N. Suzor, lk 420; B. W. Carver, lk 452.

<sup>45</sup> A. Siedlecka-Van Rumst. Validity Issues of Open Source Licenses in European Union – the EU’s Solution. – Masaryk University Journal of Law and Technology 2008/2, lk 64.

<sup>46</sup> Ka õiguslalases kirjanduses on käsitletud vaba tarkvara ja avatud lähtekoodiga tarkvara üldjuhul koos neid eristamata. Vt nt: R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement.

<sup>47</sup> Free Software Foundation. Various Licenses and Comments about Them. Arvutivõrgus: <http://fsf.org/licenses> (20.08.2012); Open Source Initiative. Open Source Licenses. Arvutivõrgus: <http://opensource.org/licenses> (20.08.2012).

<sup>48</sup> Free Software Foundation. Various Licenses.; Open Source Initiative. Open Source Licenses.

<sup>49</sup> CabinetOffice. Open Source Software Options for Government. Version 2.0, April 2012. Arvutivõrgus: [https://update.cabinetoffice.gov.uk/sites/default/files/resources/Open\\_Source\\_Options\\_v2\\_0.pdf](https://update.cabinetoffice.gov.uk/sites/default/files/resources/Open_Source_Options_v2_0.pdf) (17.12.2012), lk 5, 44, 46.

<sup>50</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 13.

<sup>51</sup> Eesti Äritarkvara Liit. Arvutitarkvara liigid.

autor selgesõnaliselt loobunud kõigist oma varalistest õigustest vastava tarkvara osas.<sup>52</sup> Vaba tarkvara puhul on tarkvara kasutajal küll tarkvara autoriga üldjuhul samad varalised õigused,<sup>53</sup> kuid see ei tähenda, et tarkvara looja on oma varalistest õigustest loobunud. Tarkvara kasutajale tulenevad vastavad õigused vaba tarkvara litsentsist ehk õigustatud isik on andnud loa tarkvara teatud viisil kasutamiseks.<sup>54</sup>

Kokkuvõtvalt on vaba tarkvara näol tegemist tarkvaraga, mille lähtekood on avatud ning mille kasutajal on ulatuslikud õigused, sealhulgas õigus tarkvara mis tahes eesmärgil kasutada, uurida, levitada, muuta, parendada ja sellisel kujul levitada. Tasu nende õiguste eest tarkvara kasutaja aga maksma ei pea.

### 1.1.2. Vaba tarkvara ja ärivara erinevused

Vaba tarkvara vastandatakse ärivaraga (*commercial closed source software, proprietary software*).<sup>55</sup> Ärivara on omandist lähtuv tarkvara,<sup>56</sup> mille õiguslik režiim tuleneb autoriõiguse seadusest. AutÕS § 14 lg 1 järgi on autoril õigus teose teiste isikute poolt kasutamise eest saada autoritasu, välja arvatud autoriõiguse seaduses nimetatud erandjuhtudel. Selles väljendub tänapäeva autoriõigusele iseloomulik sotsiaalne funktsioon – autorile tema teose kasutamise eest tasu tagamine.<sup>57</sup> Seejuures on AutÕS § 14 lg 3 kohaselt keelatud teose kasutamine seni, kuni tasu suuruses ning selle kogumise ja väljamaksmise korras ei ole saavutatud kokkulepet. Vaba tarkvara litsentsidega on autoriõiguse otstarve aga pööratud ümber, kuna nende järgi on teose reprodutseerimise, muutmise ja levitamise õigus tasuta kõigil litsentsiga ühinenud isikutel.<sup>58</sup> Seega on ärivara reeglina tasuline, kuid vaba tarkvara tasuta.

Sõltuvalt sellest, et vaba tarkvara on kättesaadav tasuta, ei saa vaba tarkvara puhul rääkida ärivarale iseloomulikust traditsioonilisest n-ö tarkvara müügist.<sup>59</sup> Seetõttu on erinevad ka vaba tarkvara ja ärivara ärimudelid. Kui ärivara tootjad teenivad tulu nii tarkvara kasutusõiguste andmise kui ka tugiteenuste pakkumise eest, siis vaba tarkvaraga tegeleva

---

<sup>52</sup> Eesti Äritarkvara Liit. Arvutitarkvara liigid.

<sup>53</sup> A. Siedlecka-Van Rumst, lk 64.

<sup>54</sup> A. Tanila jt, lk 5.

<sup>55</sup> S. J. Davidson, lk 2.

<sup>56</sup> E. Tikk jt. IT-lepingute käsiraamat. Tallinn: Äripäeva Kirjastus 2005, ptk 5.9.1.

<sup>57</sup> A. Kalvi. Autorilepingu uus kuub. – Juridica 2003/IV, lk 259.

<sup>58</sup> M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori varalised õigused. – Juridica 2010/X, lk 767. Kui autorilepingule kohaldub Eesti õigus, siis tuleb tasu mittemaksmise sõnastamiseks leida lahendus, mis ei oleks vastuolus AutÕS § 14 lg-ga 1, vastasel juhul on tasu mittemaksmise säte tühine. Vt: A. Kalvi, lk 259.

<sup>59</sup> A. Tanila jt, lk 14.

ettevõtjad üksnes tugiteenuste ja muude lisateenuste pakkumise eest, tarkvara kasutusõiguste andmise eest aga mitte. Vaba tarkvara on seejuures kättesaadav mitmetelt erinevatelt isikutelt, sealhulgas nii eraisikutelt kui ka ettevõtjatelt, kes tegelevad vaba tarkvara arendamise või tutvustamisega. Ärivaratootjad on aga kättesaadav üksnes konkreetsetelt tarkvaratootjalt. Selline ärimudelite erinevus mõjutab ka vaba tarkvara ja ärivara kasutusõiguste omandamist avaliku sektori asutuste poolt.

Ärivaratootjad ja vaba tarkvara arendajad erinevad ka selle poolest, et ärivara kasutamine on tunduvalt piiratum. Reeglina hõlmab ärivara litsents kopeerimis-, installeerimis-, juurdepääsu- ja kuvamisõigust teatud arvu koopiaste piires.<sup>60</sup> Samuti ei ole ärivara kasutajal tarkvara pöördprojekteerimise, dekompileerimise ega lahtimonteerimise õigust ning enamasti ei tohi kasutaja lubada tarkvara kasutada kolmandatel isikutel, nt laenutada.<sup>61</sup> Lisaks on oluliseks erinevuseks vaba tarkvara ja ärivara vahel see, et vaba tarkvara levitamisel on tarkvara lähtekood alati avatud. Ärivaratootjad reeglina avatud ei ole.<sup>62</sup> Viimase puhul on erandiks vaid juhtum, kui tarkvara õigustatud sihipärane kasutamine ei ole võimalik ilma õiguseta seda lähtekoodi kaudu töödelda ning autor on kasutajale selleks otstarbeks lähtekoodile juurdepääsu võimaldanud.<sup>63</sup> Vaba tarkvara puhul on aga lähtekoodi all-litsentseerimine ja muutmine lubatud alati ning tarkvara kasutamise eesmärgist sõltumata.<sup>64</sup> Sellest tulenevalt on tarkvara kasutajal võimalik ka vea leidmisel see ise kohe parandada.<sup>65</sup>

Lisaks litsentsitingimustele erinevad vaba tarkvara ja ärivara tarkvara arendamise osas. Kui ärivara arendab reeglina selle tarkvara tootja, siis vaba tarkvara arendus on peamiselt vaba tarkvara kogukonna käes.<sup>66</sup> Seejuures ligikaudu kaks kolmandikku vabast tarkvarast on arendatud üksikute arendajate poolt, kes sageli tegelevad sellega vabatahtlikult.<sup>67</sup> Vaba tarkvara esialgsel loojal võib sõltuvalt konkreetsest vaba tarkvara litsentsist olla kontroll arendustööde tunnustamise või mittetunnustamise üle, kuid ta ei saa kellelgi keelata

---

<sup>60</sup> E. Tikk jt, ptk 5.9.1.

<sup>61</sup> E. Tikk jt, ptk 5.9.1.

<sup>62</sup> B. Fitzgerald, N. Suzor, lk 413.

<sup>63</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse, lk 9; S. J. Davidson, lk 2.

<sup>64</sup> Käesoleva magistratöö alapeatükk 1.1.1., lk 9-10.

<sup>65</sup> D. S. Evans, B. J. Reddy. Government Preferences for Promoting Open-Source Software: A Solution in Search of a Problem. – Michigan Telecommunications and Technology Law Review 2003/9, lk 359.

<sup>66</sup> R. A. Ghosh jt. Study on the: Economic impact of open source software on innovation and the competitiveness of the Information and Communication Technologies (ICT) sector in the EU. Final Report. 20 November 2006. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/files/2006-11-20-flossimpact\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/files/2006-11-20-flossimpact_en.pdf) (19.08.2012), lk 9.

<sup>67</sup> N. Suzor, B. Fitzgerald, G. Bassett. Legal Issues for the Use of Free and Open Source Software in Government. Arvutivõrgus: <http://flosshub.org/sites/flosshub.org/files/suzorfitzgeraldbasset.pdf> (19.08.2012), lk 3.

arendustöid teha.<sup>68</sup> Niisugune tegevusmudel koondab iga väärtuslikuma vaba tarkvara lahenduse ümber oma kogukonna, mille liikmed panustavad selle arendusse.<sup>69</sup> Vaba tarkvara arendamine toimub pidevalt ja samaaegselt üle kogu maailma, mistõttu on vaba tarkvara arendamine, testimine ja parandamine kiire.<sup>70</sup>

Eelnevast nähtub, et vaba tarkvara ja ärivara vahel esinevad olulised erinevused. Ärivara on kindlal omandil põhinev tarkvara, mille lähtekood pole erinevalt vabast tarkvarast reeglina kättesaadav ning ärivara kasutamine on vaba tarkvaraga võrreldes oluliselt piiratum. Samuti, kui vaba tarkvara kasutamise eest tasu ei küsita, siis ärivara kasutamine on üldjuhul võimalik vaid pärast litsentsitasu maksmist. Lisaks, kui ärivara arendamise ja pakkumisega tegelevad konkreetse ärivara tootjad, siis vaba tarkvara puhul tegelevad sellega vaba tarkvara kogukonna liikmed. Nende erinevuste tõttu on erinevad ka vaba tarkvara ja ärivara ärimudelid, mis otseselt mõjutavad nende tarkvarade kasutusõiguste omandamise võimalusi avaliku sektori asutuste poolt.

### 1.1.3. Vaba tarkvara liigid

Vaba tarkvara saab liigitada vaba tarkvara litsentside tingimuste alusel.<sup>71</sup> Nimelt saab vaba tarkvara litsentsid jagada nende tingimuste alusel kaheks peamiseks grupiks: nn akadeemilised ja vastastikused litsentsid<sup>72</sup>, mida nimetatakse vastavalt ka *copyleft*'ita ja *copyleft*'iga litsentsid.<sup>73</sup> *Copyleft* tähendab seejuures tingimust vaba tarkvara litsentsilepingus, millega tagatakse, et tarkvara koopia iga valdaja saab seda vabalt kasutada.<sup>74</sup> Kaks eeltoodud vaba tarkvara litsentside gruppi erinevad teineteisest selle poolest, millistel tingimustel lubatakse kasutajal vaba tarkvara koopiaid ja nende muudetud versioone edaspidi levitada.<sup>75</sup>

Kui vaba tarkvara on kaitstud *copyleft*'ita litsentsiga, võib seda tarkvara ja selle muudetud versioone levitada ükskõik millise litsentsi alusel, sealhulgas sama litsentsi, muu vaba tarkvara litsentsi või ärivara litsentsi alusel.<sup>76</sup> *Copyleft*'ita litsentsid on näiteks BSD litsents<sup>77</sup>

---

<sup>68</sup> A. Tanila jt, lk 9.

<sup>69</sup> A. Tanila jt, lk 9.

<sup>70</sup> N. Suzor, B. Fitzgerald, G. Bassett, lk 3.

<sup>71</sup> B. W. Carver, lk 453.

<sup>72</sup> L. Rosen. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. New Jersey: Prentice Hall PTR 2005, lk 69-70.

<sup>73</sup> B. Fitzgerald, N. Suzor, lk 416.

<sup>74</sup> A. Tanila jt, lk 11.

<sup>75</sup> L. Rosen, lk 69-70.

<sup>76</sup> L. Rosen, lk 69-70.

ja MIT litsents<sup>78</sup>. Kui vaba tarkvara levitatakse aga *copyleft*'iga litsentsi alusel, on lubatud selle kasutajal tarkvara ja selle muudetud versioone levitada üksnes sama vaba tarkvara litsentsi alusel.<sup>79</sup> Üks tuntumaid *copyleft*'iga litsentse on GNU GPL.<sup>80</sup> Samuti on selliseks litsentsiks EUPL.<sup>81</sup>

*Copyleft*'iga litsentsid jagunevad omakorda nõrga ehk failipõhise *copyleft*'iga, tugeva *copyleft*'iga ja ülitugeva *copyleft*'iga litsentsideks.<sup>82</sup> Nõrga *copyleft*'iga litsentsi puhul on kasutaja kohustatud tarkvara ja selle muudetud versiooni ennast levitama sama litsentsi alusel, kuid vaba tarkvara sisaldavaid suuremaid tarkvarasüsteeme võib kasutaja levitada ka muude litsentside alusel. Tugeva *copyleft*'iga litsentsi korral on kasutaja kohustatud lisaks vabale tarkvarale endale ka seda sisaldavaid suuremaid tarkvarasüsteeme levitama sama vaba tarkvara litsentsi alusel. Siiski ei pea sama litsentsi alusel levitama algsest või muudetud vabast tarkvarast sõltumatuid programme. Ülitugeva *copyleft*'iga litsentsile on iseloomulik see, et tarkvara levitamisega samaväärseks loetakse selle litsentsi kohaselt juba üksnes tarkvara oluliste funktsioonide teistele isikutele kättesaadavaks tegemist. Seetõttu tuleb ülitugeva *copyleft*'iga litsentsiga kaitstud vaba tarkvara lähtetekst teha kättesaadavaks lisaks neile kasutajatele, kes tarkvara internetist alla laadivad või selle arvutisse installeerivad, ka kõigile neile, kes kasutavad tarkvara arvutivõrgu vahendusel seda internetist alla laadimata.<sup>83</sup>

Eelnevast nähtub, et vaba tarkvara näol on tegemist üldise kontseptsiooniga, mis hõlmab mitmeid erinevat tüüpi litsentse.

## 1.2. Vaba tarkvara kasutamise põhjused avalikus sektoris

Vaba tarkvara enama kasutamise vajadusele on viidatud mitmetes nii Eesti kui ka Euroopa Liidu tarkvara kasutamist käsitlevates dokumentides ja juhistes.<sup>84</sup> Põhjuseid, miks vaba tarkvara avalikus sektoris kasutada, on seejuures mitmeid.

---

<sup>77</sup> Näiteks: The BSD 2-Clause License. Arvutivõrgus: <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.php> (10.01.2013).

<sup>78</sup> The MIT License (MIT). Arvutivõrgus: <http://opensource.org/licenses/MIT> (10.01.2013).

<sup>79</sup> I. V. Heffan. Copyleft: Licensing Collaborative Works in the Digital Age. – Stanford Law Review 1997/49, lk 1491.

<sup>80</sup> Näiteks: GNU General Public License. Version 3, 29 June 2007. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0-standalone.html> (09.01.2013).

<sup>81</sup> European Union Public Licence (EUPL).

<sup>82</sup> A. Tanila jt, lk 11.

<sup>83</sup> A. Tanila jt, lk 11.

<sup>84</sup> Näiteks: Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 10, 12; European Commission. Annex 2, lk 4.

Üheks põhjuseks on kulude kokkuhoid, kuna suur osa vabast tarkvarast on kättesaadav tasuta. Samas isegi juhul, kui selle levitamiseks tehtud kulude eest tuleb tasu maksta, on see tasu võrreldes ärivara autoritasuga reeglina väiksem.<sup>85</sup> Lisaks otsesele kulude kokkuhoiule võib vaba tarkvara kasutuselevõtt vähendada kulusid tarkvarale tulevikus. Nimelt põhjusel, et vaba tarkvara lähtekood on avatud, võib avaliku sektori asutus tarkvara muuta tulevikus selliselt, et see vastaks tema muutunud vajadustele.<sup>86</sup> Samuti saab avaliku sektori asutus jagada vaba tarkvara või selle omalt poolt muudetud versiooni teiste avaliku sektori asutustega.<sup>87</sup> Kulude kokkuhoiule kui vaba tarkvara eelisele ärivara ees on kirjanduses viidanud mitmed autorid.<sup>88</sup> Samas leidub ka arvamusi, et selline kokkuhoid ei pruugi olla üldse märkimisväärne või võib koguni puududa, kuna vaba tarkvara kasutamise korral võivad lisanduda kulud töötajate koolitamisele ja tehnilisele toele.<sup>89</sup> Magistritöö autor on seisukohal, et see, kas vaba tarkvara osutub ärivaraga võrreldes säästlikumaks lahenduseks, sõltub konkreetsest olukorrast ja avaliku sektori asutusest. Igal juhul tuleks aga vaba tarkvaraga kui ühe võimaliku variandiga tarkvara hankimisel arvestada.

Avalikus sektoris vaba tarkvara kasutamise motiiviks on veel asjaolu, et vabad kontoritarkvarad toetavad võrreldes ärivaraga paremini avatud dokumendiformaati ODF,<sup>90</sup> mille avamiseks ei ole vaja omandada spetsiifilist tarkvara. Võrdluseks saab tuua Microsofti failivormingu (\*.doc) failid, mille avamiseks on üldjuhul vaja ka Microsofti tarkvara. Oluline on avatud dokumendiformaadi toetamine põhjusel, et tulenevalt avaliku sektori asutuste rollist ühiskonnas, ei saa inimesi avaliku sektori asutustega suhtlemiseks sundida muretsema konkreetset ärivara.<sup>91</sup>

Lisaks tagab vaba tarkvara kasutamine võrreldes ärivaraga paremini jätkusuutlikkuse, kuna vaba tarkvara kasutamine vähendab infosüsteemide arendamise sõltuvust kindlatest

---

<sup>85</sup> R. A. Ghosh jt. Study on the: Economic impact, lk 18.

<sup>86</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 6; S. Comino, F. M. Manenti, A. Rossi. Public Intervention for Free/Open Source Software (June 22, 2010). Arvutivõrgus: <http://ssrn.com/abstract=1628566> (13.11.2012), lk 4, 19-20.

<sup>87</sup> N. Suzor, B. Fitzgerald, G. Bassett, lk 6.

<sup>88</sup> Näiteks: N. Suzor, B. Fitzgerald, G. Bassett, lk 3; B. Fitzgerald, N. Suzor, lk 423; R. A. Ghosh jt. Study on the: Economic impact, lk 96-100, 283; H. Põldmaa. Soovitused vabavara kasutamiseks riigiasutustes. Versioon 1.0. Arvutivõrgus: <http://www.riso.ee/et/koosvoime/tarkvara> (25.08.2012), lk 8-9.

<sup>89</sup> S. Comino, F. M. Manenti, A. Rossi, lk 7.

<sup>90</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 15.

<sup>91</sup> OFE Procurement Monitoring Report 2011 – 2nd Snapshot: EU Member States practice of referring to specific trademarks when procuring for Computer Software Packages and Information Systems between the months of October and December 2011. Arvutivõrgus: <http://ebookbrowse.com/procurement-monitoring-report-feb-2012-final-pdf-d343829702> (13.11.2012), lk 4; Pan-European eGovernment Services Committee. Conclusions and recommendations on Open Document Formats, 2006. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc56e9.pdf?id=26971> (07.01.2013), lk 1.



tarkvaraarendajatest ja –toodetest, mistõttu avaliku sektori asutus saab jätkata vaba tarkvara arendamist mis tahes IT-lahendusi pakkuva ettevõttega.<sup>92</sup> Arendustellimustega toetatakse aga Eesti informatsiooni- ja kommunikatsioonitehnoloogia sektorit, kuna mehaanilise nn karbitoodete ostmise asemel on olulisem kõrget kvalifikatsiooni nõudev arendustöö.<sup>93</sup>

Kirjanduses on lisaks leitud, et vaba tarkvara kasutamine toetab innovatsiooni, kuna vaba tarkvara lähtekoodile ligipääsu omavate spetsialistide arv on suurem kui ärivara puhul.<sup>94</sup> Samas esineb siinkohal ka teistsugune arvamus. Nimelt on leitud, et vaba tarkvara ja innovaatiliste lahenduste niisugune seos ei ole empiirilise uuringutega tõestatud ning seetõttu ei saa väita, et vaba tarkvara soodustab innovaatiliste lahenduste loomist enam kui ärivara.<sup>95</sup> Magistritöö autor nõustub sellega, et vaba tarkvara ei tähenda automaatselt suuremat arvu innovaatilisi lahendusi. Sellise seose olemasolu ei saa väita, kui vastavad uuringud puuduvad. Samas on tingimused enamate innovaatiliste lahenduste loomiseks vaba tarkvara puhul soodsamad, kuna tarkvara lähtekood on kõigile kasutajatele kättesaadav.

Eeltoodust nähtub, et vaba tarkvara kasutamiseks avalikus sektoris on mitmeid põhjuseid. Mõni kirjanduses väljapakutud motiiv vaba tarkvara kasutamiseks on teiste autorite poolt ka kahtluse alla seatud. Siiski, hoolimata erinevatest seisukohtadest, kinnitab eespool toodu, et tarkvara hankimisel avalikus sektoris on põhjust ärivara kõrval arvestada võimaliku variandina ka vaba tarkvara lahendustega.

---

<sup>92</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 6.

<sup>93</sup> H. Põldmaa, lk 12.

<sup>94</sup> L. Lessig. The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World. New York: Random House 2001, lk 56-57; Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 6.

<sup>95</sup> D. S. Evans, B. J. Reddy, lk 384.

## 2. Vaba tarkvara ja selle alusel loodava tarkvara hankimise võimalused

### 2.1. Riigihangete seaduse tõlgendamine

Riigihankeid reguleerivatest õigusaktidest on Eestis olulised nii riigihangete seadus kui ka riigihankeid reguleerivad Euroopa Liidu direktiivid, millel riigihangete seadus suures osas põhineb, ning Euroopa Liidu määrused. Riigihangete direktiivi art 7 järgi kohaldatakse riigihangete direktiivi hankelepingutele, mille eeldatav maksumus käibemaksuta on võrdne või suurem kui riigihangete direktiivi art-is 7 sätestatud piirmäärad. See tähendab, et liikmesriigil on kohustus sellise eeldatava maksumusega hankelepingute sõlmimise reguleerimisel lähtuda direktiivis sätestatust. Seoses sellega tuleb igal juhul nende hankelepingute puhul ka vastavate riigihangete seaduse sätete tõlgendamisel võtta arvesse riigihangete direktiivis sätestatut.

Lisaks tuleneb Euroopa Kohtu otsusest kohtuasjas *Leur-Bloem*, et olukorras, kus direktiiv on üle võetud nõutust suuremas ulatuses, tuleb ka vastavas osas tõlgendada siseriiklikku seadust lähtuvalt direktiivist, kuna Euroopa Liidu õiguskorra ühtsustamise huvides on oluline, et Euroopa Liidu õigusest üle võetud reegleid tõlgendataks ühtemoodi.<sup>96</sup> Riigihangete seaduses kohalduvad mitmed riigihangete direktiivist üle võetud sätted sarnaselt nii hankelepingutele, mis eeldatava maksumuse poolest kuuluvad riigihangete direktiivi kohaldamisalasse, kui ka neile, mis sinna ei kuulu.<sup>97</sup> Seega on riigihangete direktiiv riigihangete seadusega üle võetud suuremas ulatuses. Selliste sätete tõlgendamisel tuleb samuti lähtuda direktiivist. Seejuures on Euroopa Kohus kohtuasjas *Marleasing* võtnud seisukoha, et siseriiklikku õigust peab tõlgendama direktiivi sõnastuse ja eesmärgi valguses nii kaugele kui võimalik.<sup>98</sup>

M. A. Simovarti arvamuse kohaselt peaks siseriikliku õiguse tõlgendamisel kõigi hankelepingute puhul arvestama ka Euroopa Ühenduse asutamislepingust<sup>99</sup> tulenevate

---

<sup>96</sup> EKo 17.07.1997, C-28/95, A. *Leur-Bloem* vs. *Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, p-d 27, 29, 32-33.

<sup>97</sup> Näiteks on sellisteks säteteks RHS § 32 ja § 33, mis reguleerivad tehnilise kirjelduse koostamist.

<sup>98</sup> EKo 13.11.1990, C-06/89, *Marleasing SA* vs. *La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, p 8.

<sup>99</sup> 11.06.2008. a allkirjastas Eesti Vabariik Lissaboni lepingu, millega asendati senine Euroopa Ühenduse asutamisleping Euroopa Liidu toimimise lepinguga. Kui kasutatud allikas on osutatud asutamislepingule, on osutatud asutamislepingule ja mitte Euroopa Liidu toimimise lepingule ka käesolevas magistritöös.

aluspõhimõtetega.<sup>100</sup> Sarnasel seisukohal on T. Ojasalu, kelle sõnul on riigihankeid reguleerivate direktiivide aluseks olevaid asutamislepingust tulenevaid printsiipe vaja silmas pidada nii direktiivide siseriiklikku õigusesse ülevõtmisel kui ka ülevõetud õiguse rakendamisel.<sup>101</sup> Magistritöö autor nõustub eeltoodud seisukohtadega, kuna nimetatud printsiipide arvessevõtmine tagab Euroopa Liidu õiguse ühtse tõlgendamise. Neid seisukohti toetab ka Euroopa Kohtu praktika, mille kohaselt riigihangete korraldamise üldpõhimõtted on asutamislepingust tulenevate aluspõhimõtetega tihedalt seotud.<sup>102</sup>

Mis puudutab kitsamalt riigihankelepingute mõisteid, on Euroopa Kohus leidnud, et kuna riigihankeid reguleerivates direktiivides sisalduvad lepingute definitsioonid, mis kuuluvad direktiivide kohaldamisalasse, kuuluvad need mõisted ühenduse õiguse valdkonda ning kui need definitsioonid ei sisalda ühtegi otsest viidet selle tähendust ja ulatust määratlevale liikmesriikide õigusele, ei ole vaja selleks, et otsustada, kas konkreetne leping kuulub direktiivi kohaldamisalasse, uurida, kuidas siseriiklik õigus nimetatud lepingut käsitleb.<sup>103</sup> Riigihangete seadusega on riigihankelepingute mõisted riigihangete direktiivist üle võetud (RHS § 4). Seejuures ka kehtivas riigihangete direktiivis puudub riigihankelepingute mõistete osas viide siseriiklikule õigusele (art 1 lg 2). Seega tuleb riigihankelepinguid defineerivate riigihangete seaduse sätete tõlgendamisel lähtuda Euroopa Liidu õigusest.

Eelnevast tuleneb, et riigihangete direktiivis sätestatuga ja selle eesmärgiga tuleb arvestada riigihangete seaduse tõlgendamisel ulatuses, milles riigihangete direktiiv on üle võetud. Seda hoolimata asjaolust, kas üle võetud ulatuses oli direktiivi ülevõtmine kohustuslik või mitte. Seejuures tuleb tõlgendamisel võtta arvesse riigihangete direktiivi sõnastust ja eesmärki nii palju kui võimalik ning samuti arvestada Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtetega.

---

<sup>100</sup> M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010, lk 31.

<sup>101</sup> T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007/VIII, lk 564.

<sup>102</sup> Näiteks: C-458/03, *Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, p-d 46, 48.

<sup>103</sup> EKo 18.01.2007, C-220/05, *Jean Auroux jt vs. Commune de Roanne*, p 45; EKo 20.10.2005, C-264/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Prantsuse Vabariik*, p 36; EKo 12.07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti jt*, p 40.

## 2.2. Riigihangete seaduse kohaldamine

### 2.2.1. Riigihangete seaduse kohaldamisalasse kuuluvate tehingute tunnused

Avaliku sektori eemärgiks on teenida ühiskonda ning lähtuda seejuures avalikust huvist.<sup>104</sup> Sellel põhjusel on avaliku sektori asutused teatud tehingute tegemisel kohustatud järgima riigihangete seaduses sätestatud korda, mis tagab rahaliste vahendite läbipaistva, otstarbeka ja säästliku kasutamise, isikute võrdse kohtlemise ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivse ärakasutamise (RHS § 1). Analüüsimeks, kas vaba tarkvara ning sellel põhinevate IT-lahenduste hankimine kuulub tehingute hulka, mille tegemisel peab avaliku sektori asutus järgima riigihangete seaduses sätestatud korda, selgitab magistritöö autor esmalt välja, millised on riigihangete seaduse kohaldamisalasse kuuluvate tehingute üldised tunnused.

Riigihangeteks on RHS § 2 lg 2 kohaselt asjade ostmine, teenuste tellimine, ideekonkursside korraldamine, ehitustööde tellimine ja ehitustööde ning teenuste kontsessioonide andmine hankija poolt, samuti ehitustööde tellimine ehitustöö kontsessioonääri poolt. Seejuures sõlmitakse riigihanke tulemusena üldjuhul<sup>105</sup> hankeleping, mis RHS § 4 lg 1 järgi on ühe või mitme hankija poolt ühe või mitme isikuga sõlmitud vastastikuste varaliste kohustustega leping, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd. Eeltoodud sätetest tuleneb, et riigihangete seaduse järgimise kohustus on avaliku sektori asutustel niisuguste tehingute tegemisel, mis vastavad järgmisele kolmele tunnusele: tehing on mitmepoolne ehk sõlmitakse leping, tehingu esemeks on asjad, teenused või ehitustööd ning tehingu pooltel on vastastikused varalised kohustused.

Järelikult on kriteeriumideks, millele vastavust tuleb vaba tarkvara kasutusõiguste omandamisele ja vabal tarkvaral põhinevate lahenduste tellimisele riigihangete seaduse kohaldamise väljaselgitamiseks nende tehingute juures analüüsida, leping, lepingu esemena ehitustöö, asi või teenus ning vastastikused varalised kohustused.

---

<sup>104</sup> K. Tõnnisson. Avalike organisatsioonide juhtimine. Riigi- ja kohaliku omavalitsuse ametnike pädevuskoolituse õppematerjal. Arvutivõrgus: <http://www.riigikantselei.ee/arhiiv/atp/Koolitus/oppematerjal/AO%20juhtim.htm> (12.01.2013).

<sup>105</sup> Hankelepingut ei sõlmita teatud ideekonkursside tulemusena. Nimelt võib RHS § 9 lg 2 järgi ideekonkursi korraldada üksnes eesmärgiga leida hankijale sobiv ideelahendus, andes võitjatele auhindu või makstes osalejatele osalemistasusid. Samuti ei sõlmita hankelepingut RHS § 29 lg 3 p-des 2-7 nimetatud juhtudel.

## 2.2.2. Vaba tarkvara litsentsiga ühinemise ja vaba tarkvara alusel loodava tarkvara tellimise kuulumine riigihangete seaduse kohaldamisalasse

### 2.2.2.1. Leping

Arvutiprogramm ehk käesoleva magistritöö tähenduses tarkvara on AutÕS § 4 lg 2 ja § 4 lg 3 p 3 järgi teoseks ning seetõttu on tarkvara, sealhulgas vaba tarkvara, kasutamiseks vajalik autori luba või varaliste õiguste loovutamine (AutÕS § 13 lg 1 ls 1, § 46 lg 1).<sup>106</sup> Vaba tarkvara puhul on autor lisanud arvutiprogrammile vaba tarkvara litsentsitingimused või viidanud neile programmis. Sõltuvalt konkreetse vaba tarkvara litsentsi tingimustest, on kasutajal lubatud tarkvara alla laadida ja kasutama hakata kas pärast litsentsilepingu tingimustega nõustumist, mis võib väljenduda näiteks selles, et tuleb klõpsata ikoonil „nõustun”, või nende suhtes oma nõustumust väljendamata.<sup>107</sup> Viimasel juhul sisaldub litsentsitingimustes autoripoolne avaldus, mille kohaselt võivad kõik isikud tema loodud tarkvara alla laadida ja kasutada ning selleks ei pea litsentsitingimustega nõustuma. Niisugune säte sisaldub näiteks litsentsis GNU GPL, mis on üks levinumaid vaba tarkvara litsentse. GNU GPL art-is 9 on sätestatud, et tarkvara kasutaja ei ole tarkvara saamiseks ja kasutamiseks kohustatud selle litsentsiga nõustuma. Samuti ei ole vajalik tingimustega nõustumine juhul, kui tarkvarast tehakse koopia ainult põhjusel, et see saadakse P2P failivahetuse<sup>108</sup> abil.<sup>109</sup> Samas on selles sätestatud, et miski muu kui kõnealune litsents ei anna õigust selle litsentsiga kaetud tarkvara levitada või muuta ning need teod rikuvad tarkvara autori õigusi, kui kasutaja litsentsi tingimustega ei nõustu. Muutes või levitades litsentsiga kaetud tarkvara, avaldab kasutaja oma nõustumist selle litsentsiga antud loaga nii teha.<sup>110</sup>

Internetist tarkvara allalaadimise korral, kui selle allalaadimiseks on vajalik kindlal viisil, näiteks vastaval ikoonil klõpsates, tingimustega nõustuda, tuleks magistritöö autori arvates tarkvara allalaadimise võimaldamist koos eelnevalt kindlate litsentsitingimuste kättesaadavaks tegemisega lugeda autoripoolseks pakkumuseks võlaõigusseaduse<sup>111</sup> (edaspidi VÕS) § 16 lg 1

<sup>106</sup> Erandiks on AutÕS §-des 24 ja 25 nimetatud arvutiprogrammi vaba kasutamise juhtumid. Arvutiprogramm on teosena kaitstud ka Maailma Intellektuaalse Omandi Organisatsiooni autoriõiguse leping järgi. Vt: Maailma Intellektuaalse Omandi Organisatsiooni autoriõiguse leping. – RT II, 06.07.2006, 14, 39, art 4.

<sup>107</sup> P. P. Mötsküla. Vaba tarkvara, lk 43-44.

<sup>108</sup> P2P tähendab Internetis ajutist võrku, mis võimaldab sama võrgustamisprogrammi kasutaval arvutikasutajate rühmal üksteisega ühenduses olla ja omada vahetut juurdepääsu teiste rühmaliikmete arvutite kõvaketastele. P2P tarkvara näideteks on Napster ja Gnutella. Vt: P2P (Peer-to-Peer) network (2). e-Teatmik: IT ja sidetehnika seletav sõnaraamat. Arvutivõrgus: <http://www.vallaste.ee/index.htm?Type=UserId&otsing=2747> (17.02.2013).

<sup>109</sup> GNU General Public License.

<sup>110</sup> GNU General Public License.

<sup>111</sup> Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 05.04.2013, 4.

tähenduses. Viimase kohaselt on pakkumus lepingu sõlmimise ettepanek, mis on piisavalt määratletud ja väljendab pakkumuse esitaja tahet olla ettepanekule nõustumise andmise korral sõlmitava lepinguga õiguslikult seotud. Niisuguse tarkvara allalaadimise süsteemi loomisest, mis võimaldab tarkvara allalaadimist vaid selgelt tingimustega nõustumise järgselt, võib välja lugeda tarkvara pakkuja tahet olla tingimustega nõustumise korral sõlmitava lepinguga õiguslikult seotud ning lisaks on tarkvara kasutamise tingimuste olemasolu korral pakkumine ka piisavalt täpselt määratletud. Pakkuja tahet olla pakkumusega nõustumise korral sellega õiguslikult seotud kinnitab ka asjaolu, et pakkuja on teadlikult loonud süsteemi, milles on kasutajal pärast tingimustega nõustumist võimalik tarkvara kohe alla laadida või toimub allalaadimine koguni automaatselt pärast tingimustega nõustumist, mistõttu autoril ei ole enam võimalik kasutajat allalaadimisel takistada. Seega on VÕS § 16 lg 1 kohased pakkumusele esitatud tingimused täidetud.

VÕS § 16 lg 3 järgi loetakse aga kauba või teenuse konkreetsele isikule mittesuunatud pakkumist avalikus arvutivõrgus ettepanekuks esitada pakkumus, kui ettepaneku tegija ei ole selgesti väljendanud, et tegemist on pakkumusega. Pakkumuse tegemise tahte selgeks väljenduseks olla näiteks see, kui pakkumuses on otse väljendatud tahe olla lepinguliselt seotud igaihega, kes pakutud lepingutingimustega nõustub.<sup>112</sup> Samuti võivad niisugusele tahtele osutada lepingu sõlmimise asjaolud.<sup>113</sup> Internetis autori poolt tarkvara allalaadimise võimaldamisega üksnes pärast kasutaja poolt tingimustega selget nõustumist, on tarkvara pakkuja väljendanud selgelt ja üheselt mõistetavalt tahet olla pakkumusele nõustumisega vastamise korral sõlmitava lepinguga õiguslikult seotud. Seetõttu leiab magistr töö autor, et kõnealusel juhul on tegemist pakkumusega, mitte üksnes ettepanekuga teha pakkumus. Kui tarkvara kasutada sooviv isik litsentsitingimustega nõutud viisil nõustub, tuleks viimast VÕS § 20 lg 1 tähenduses lugeda nõusolekuks sõlmida leping, kuna nõusoleku andja on selgelt väljendanud tahet kasutada tarkvara esitatud tingimustel. Järelikult juhul, kui tarkvara laaditakse internetis alla eelnevalt kasutamise tingimustega selgelt nõustudes, on esitatud pakkumus ja antud nõustus ning VÕS § 9 lg 1 järgselt sõlmitud leping.

Lepingu sõlmimise kohta juhul, kui autor on tarkvarale lisanud teabe, et kõik võivad seda litsentsitingimustega nõustumata internetist alla laadida ja kasutada, puudub õiguskirjanduses ühtne arvamus.<sup>114</sup> Näiteks on A. Siedlecka-Van Rumst leidnud, et igal juhul sõlmitakse

<sup>112</sup> P. Varul jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1–207). Komm vlj. Tallinn: Juura 2006, § 16/4.1.2.

<sup>113</sup> P. Varul jt, § 16/4.2.

<sup>114</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 64.

leping.<sup>115</sup> Samas Hollandi avaliku sektori asutustele välja antud tarkvara hankimise juhise koostajad on arvamusel, et niisuguse autoripoolse avalduse näol on tegemist ühepoolse tehinguga, millega autor on loobunud oma varaliste õiguste teostamisest tarkvara kasutajate suhtes, ning lepingut ei sõlmita.<sup>116</sup> Viimast seisukohta pooldab ka näiteks B. Giles.<sup>117</sup> B. Giles on küll Anglo-Ameerika õigussüsteemi taustaga õigusteadlane, kes on lähtunud eelkõige sellele õigussüsteemile omastest autoriõiguse põhimõtetest, muuhulgas autori võimalusest ühepoolse tehinguga oma õiguste teostamisest loobuda.<sup>118</sup> Samas B. Fitzgerald ja R. Olwan on leidnud, et hiljutisest kohtupraktikast tulenevalt ei saa vaba tarkvara kasutamise puhul ka Anglo-Ameerika õigussüsteemis lepingu puudumist enam nii kindlalt väita.<sup>119</sup> Nimelt on nad viidanud lahendile kohtuasjas *Robert Jacobsen vs. Matthew Katzer and Kamind Associates, Inc.*<sup>120</sup> ning leidnud, et kuigi kohus ei ole selles otsuses üheselt lahendanud küsimust, kas vaba tarkvara autori poolt üldsusele antud luba tarkvara kasutamiseks on käsitatav ühepoolse tehinguna või sõlmitakse tarkvara kasutamiseks siiski leping, leidub otsuses mitmeid viiteid viimasele käsitlusele.<sup>121</sup>

Eelnevast tuleneb, et vaba tarkvara kasutamise õigusliku aluse osas esinevad õiguskirjanduses erinevad seisukohad. Tõusetub küsimus, kuidas tuleks Eesti õiguse kohaselt kvalifitseerida olukord, kui autor on tarkvara üldsusele kättesaadavaks tegemisel lisanud tarkvara kasutamise tingimused või neile viidanud, kuid tarkvara kasutamiseks nende tingimustega nõustumist pole nõudnud, ning konkreetne isik tarkvara internetist alla laadib ja kasutama hakkab.

AutÕS § 80<sup>4</sup> lg 1 kohaselt võivad autorid avaldatud teostele lisada õiguste teostamist käsitletavat teavet. Autoriõiguse seaduse mõttes loetakse selleks mis tahes teavet, mis kuulub teose juurde või esitatakse samal ajal teose üldsusele suunamisega ning mis identifitseerib autori, määratleb tarkvara või määrab selle kasutamise tingimused (AutÕS § 80<sup>4</sup> lg 2 ja 3). Seega saab vaba tarkvara autori poolt tarkvarale lisatud kasutamise tingimusi või viidet neile lugeda AutÕS § 80<sup>4</sup> lg 1 mõttes õiguste teostamist käsitlevaks teabeks. Ärivarade puhul, mille

<sup>115</sup> A. Siedlecka-Van Rumst, lk 72.

<sup>116</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 21.

<sup>117</sup> B. Giles. "Consideration" and the open source agreement. – Computers and Law Journal 2002/9, lk 15-16.

<sup>118</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 64.

<sup>119</sup> B. Fitzgerald, R. Olwan. The Legality of Free and Open Source Software Licences: the Case of *Jacobsen v. Katzer*. – M. Perry and Brian F Fitzgerald (eds.). Knowledge Policy for the 21st Century: A Legal Perspective. Canada: Irwin Law 2011, lk 125-126.

<sup>120</sup> *Robert Jacobsen vs. Matthew Katzer and Kamind Associates, Inc.* United States Court of Appeals for the Federal Circuit 06-CV-1905, 13.08.2008. Arvutivõrgus: [http://wiki.creativecommons.org/images/9/98/Jacobson\\_v\\_katzer\\_fed\\_cir\\_ct\\_of\\_appeals\\_decision.pdf](http://wiki.creativecommons.org/images/9/98/Jacobson_v_katzer_fed_cir_ct_of_appeals_decision.pdf) (12.01.2013).

<sup>121</sup> B. Fitzgerald, R. Olwan, lk 125-126.

kasutamise õiguse saamiseks tuleb igal tarkvara kasutada soovival isikul eelnevalt sõlmida vastav leping, on niisuguse teabe lisamise peamine eesmärk kasutaja informeerimine, olles osaks esitatud pakkumusest. Kuna vaba tarkvara puhul aga tingimustega nõustumist alati ei nõuta, tekib küsimus, milline õiguslik tähendus on niisugusel teabel sellisel juhul. P. P. Mõtsküla on oma magistritöös leidnud, et litsentsitingimuste või nende kohta viite lisamine vabale tarkvarale selle üldsusele suunamisel kujutab endast autoripoolset tahteavaldust, mis on suunatud sellele, et igauks, kes tarkvara koopia vastu võtab, kasutaks seda vastavalt lisatud või viidatud litsentsi tingimustele.<sup>122</sup> Sellest on järeldanud P. P. Mõtsküla, et niisugust autoripoolset toimingut tuleks käsitada tsiviilseadustiku üldosa seaduse<sup>123</sup> (edaspidi TsÜS) § 67 lg 1 mõttes ühepoolse tehinguna.<sup>124</sup>

Magistritöö autor nõustub seisukohaga, et sellise teabe lisamise korral on tegemist autori tahteavaldusega tarkvara kasutamiseks teiste isikute poolt vaid tarkvarale lisatud tingimustel. Samas ainuüksi autoripoolne tahteavaldus ei too kaasa tehinguks vajalikku õiguslikku tagajärge, kuna selline tahteavaldus ei tekita, muuda ega lõpeta tsiviilõigusi või -kohustusi.<sup>125</sup> Nimelt on AutÕS § 46 lg 1 kohaselt teose kasutamine teiste isikute poolt lubatud vaid autori poolt oma varaliste õiguste üleandmise ehk loovutamise korral või autori poolt antud loa ehk litsentsi alusel.<sup>126</sup> Seejuures annab autor või tema õigusjärglane teost kasutada soovivale isikule üle oma varalised õigused või loa teose kasutamiseks AutÕS § 48 lg 1 järgi autorilepinguga.<sup>127</sup> Järelikult on tarkvara kasutamine autoriõiguse seaduse alusel võimalik autoriga sõlmitud lepingu ehk mitmepoolse tehingu alusel, mitte aga autori ühepoolse loobumisega vastavate õiguste teostamisest. Eeltoodud põhjustel ei saa autori poolt vaba tarkvara kasutamise tingimuste või nendele viite lisamist tarkvarale käsitada TsÜS § 67 lg 2 mõttes ühepoolse tehinguna.

Juhul, kui litsentsitingimustega nõustumist vaba tarkvara allalaadimiseks ei nõuta, tuleks nende tingimuste lisamist tarkvarale või viidet neile tingimustele ja tarkvara allalaadimise võimaldamist magistritöö autori arvates käsitada VÕS § 16 lg 1 mõttes pakkumusena. Kuna VÕS § 20 lg 1 kohaselt võib nõusolek sõlmida leping väljenduda ka kaudselt mingis teos,

<sup>122</sup> P. P. Mõtsküla. Vaba tarkvara, lk 43.

<sup>123</sup> Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216 ... RT I, 06.12.2010, 12.

<sup>124</sup> P. P. Mõtsküla. Vaba tarkvara, lk 43.

<sup>125</sup> H. Köhler. Tsiviilseadustik. Üldosa. Õpik. Tallinn: Juura 1998, § 12/5.

<sup>126</sup> Ka AutÕS §-des 24 ja 25 sätestatud viisidel arvutiprogrammi vaba kasutamine, s.t ilma autori nõusolekuta ja täiendava tasu maksmiseta, on lubatud vaid neil, kes on arvutiprogrammi õiguspärased kasutajad ehk kes on saanud arvutiprogrammi kasutamiseks autorilt loa.

<sup>127</sup> Autoriõiguslik litsents ehk autori luba teose kasutamiseks on alati autorileping või osa sellest. Vt: M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori isiklikud õigused. – Juridica 2007/IX, lk 656.



saab sellisel juhul nõustumuseks lugeda tarkvara kasutama asumist kas vaba tarkvara allalaadimise, installeerimise või muude tarkvara kasutamist väljendavate tegudega.<sup>128</sup> Kui tarkvara kasutada sooviv isik asub seda kasutama, on saavutatud kokkulepe tarkvara kasutamise osas. Kokkuleppe on saavutatud hoolimata sellest, et tarkvarale lisatud teabe kohaselt ei pea tarkvara kasutada sooviv isik selle allalaadimiseks või kasutamiseks (välja arvatud muutmiseks ja levitamiseks) litsentsi tingimustega nõustuma. Seda põhjusel, et juba ainuüksi juhul, kui autor on andnud loa teose allalaadimiseks ilma litsentsitingimustega nõustumist nõudmata ja kasutaja on asunud tarkvara kasutama, on saavutatud tarkvara kasutamise osas kokkulepe.

Järeldusele, et vaba tarkvara puhul sõlmitakse selle kasutamiseks leping, kinnitab ka Saksa kohtupraktika. Nimelt leidis Müncheneri ringkonnakohus 2004. aastal kohtuasjas *Harald Welte vs. Sitecom Deutschland GmbH*, et vaba tarkvara kasutamise tingimusi ei saa käsitada autoripoolse loobumisega oma õiguste teostamisest. Kohus leidis, et tegemist on siiski lepinguga, millega isik on saanud vaba tarkvara kasutamise õiguse.<sup>129</sup> Viidatud lahendit analüüsinud J. P. Höppner on leidnud, et kui vaba tarkvara internetist alla laaditakse, kasutatakse, kopeeritakse või muudetakse, on leping sõlmitud nimetatud tegude tegemisel.<sup>130</sup> Eestis selles küsimuses veel kohtu-, samuti vaidlustuskomisjoni praktika puudub.

Nagu eespool välja toodud, on vaba tarkvara kasutamiseks lepingu sõlmimine võimalik tarkvara allalaadimisega ilma kirjalikus või kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis lepingut vormistamata. AutÕS § 49 lg 1 kohaselt peab autorileping olema sõlmitud aga kirjalikus vormis. Lihtlitsentsi andmine võib erandina olla vormistatud ka kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis. Sellega seoses tõusetub küsimus, kas autorilepingule esitatud vorminõude järgimata jätmine mõjutab vaba tarkvara kasutamise lepingu kehtivust.

VÕS § 11 lg-s 2 on sätestatud, et kui vastavalt seadusele tuleb leping sõlmida teatud vormis, ei loeta lepingut sõlmituks enne, kui lepingule on antud ettenähtud vorm. Samas TsÜS § 83 lg 1 kohaselt on tehingu seaduses sätestatud vormi järgimata jätmise korral tehing tühine vaid juhul, kui seadusest või vormi nõudmise eesmärgist ei tulene teisiti. Näiline

---

<sup>128</sup> Juhul kui käsitada autoripoolset tahteavaldust ettepanekuna teha pakkumus ja tarkvara kasutada sooviva isiku tegusid pakkumuse tegemisena, ei oleks tarkvara kasutama asumise hetkel veel kokkulepet saavutatud ning seega puuduks kasutajal tarkvara kasutama asumiseks luba.

<sup>129</sup> LG München 21 O 6123/04, 09.07.2004, *Harald Welte vs. Sitecom Deutschland GmbH* (English translation). Arvutivõrgus: [http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment\\_dc\\_munich\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment_dc_munich_gpl.pdf) (12.01.2013), p I.A.

<sup>130</sup> J. P. Höppner. The GPL prevails: An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL. – *SCRIPTed – A Journal of Law, Technology & Society* 2004/1. Arvutivõrgus: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/issue4/GPL-case.pdf> (12.01.2013), lk 632.

vastuolu TsÜS § 83 lg 1 ja VÕS § 11 lg 2 vahel on ületatav tõlgendusega, mille kohaselt vaidluse korral lepingu sõlmituks tunnustamise üle tuleb kohaldada VÕS § 11 lg-d 2, aga kui pooled on juba sõlminud kokkulepet täitnud või muul viisil tunnustanud, siis kuulub kohaldamisele TsÜS § 83 lg 1.<sup>131</sup> Vaba tarkvara kasutama asumist tuleks magistritöö autori arvates lugeda kokkuleppe tunnustamiseks, mistõttu tuleb kohaldamisele TsÜS § 83 lg 1 ning vaba tarkvara kasutamise leping on tühine vaid juhul, kui AutÕS § 49 lg-st 1 tuleneva vorminõude eesmärk on selle järgimata jätmisel tuua kaasa tehingu tühisus.

Autorilepingu suhtes kehtiva vorminõude osas on Riigikohtu tsiviilkolleegium asunud järgmisele seisukohale: „[T]eose kasutamist lubava autorilepingu näol [...] ei ole tegemist tehinguga, mille seaduses sätestatud vormi järgimata jätmine toob kaasa tehingu tühisuse. Autorilepingu kirjalik vorm kaitseb autorilepingu mõlemat poolt, luues suurema selguse poolte õigustes ja kohustuses võrreldes sellega, kui autorileping oleks sõlmitud suulises vormis. Samas kahjustaks teose kasutamist lubava autorilepingu tühiseks lugemine kirjaliku vormi järgimata jätmise tõttu põhjendamatult autori õigusi, s.t ta jääks ilma autorilepinguga kokku lepitud õigustest ja lepingu teine pool vabaneks endale autorilepinguga võetud kohustustest.“<sup>132</sup> Magistritöö autor nõustub eeltoodud seisukohaga. Seega tuleb vaba tarkvara allalaadimisega lugeda vaba tarkvara kasutamise leping AutÕS § 49 lg-st 1 tuleneva vorminõude järgimata jätmisest hoolimata sõlmituks.

Vaba tarkvara baasil loodava tarkvara tellimisel on tegemist tarkvaraarendusteenuse tellimisega.<sup>133</sup> Seejuures tarkvaraarendusteenused kuuluvad CPV määruse VI lisas nimetatud teenuste hulka,<sup>134</sup> mille tellimisel sõlmitakse RHS § 4 lg 5 järgi teenuste hankeleping. Kuna vaba tarkvara baasil tarkvara loomine kui teenus ei erine muudest tarkvaraarendusteenustest lepingu sõlmimise poolest, tuleb ka selle puhul sõlmida teenuseleping. Seega sõlmitakse vaba tarkvara baasil loodava tarkvara tellimisel igal juhul leping.

Järelikult on nii vaba tarkvara litsentsiga ühinemise kui ka vaba tarkvara baasil loodava tarkvara tellimise puhul täidetud riigihangete seaduse kohaldamisalasse kuuluvate tehingute nn lepingu kriteerium.

<sup>131</sup> P. Varul jt, § 11/4.3.; RKTko 3-2-1-1-06 p 14.

<sup>132</sup> RKTko 3-2-1-124-06 p 16.

<sup>133</sup> J. Parre, A. Kaljurand, lk 88; A. Tanila jt, lk 23; Office of Government Commerce. EU Procurement Guidance: Introduction to the EU procurement rules. Arvutivõrgus: [http://www.essex.gov.uk/Business-Partners/Supplying-Council/Documents/110117\\_Introduction\\_to\\_the\\_EU\\_rulesa.pdf](http://www.essex.gov.uk/Business-Partners/Supplying-Council/Documents/110117_Introduction_to_the_EU_rulesa.pdf) (13.02.2012), lk 5.

<sup>134</sup> CPV määruse VI lisa 7. kategoorias nimetatud arvutiteenused ja nendega seotud teenused hõlmavad erinevaid tarkvaraarendusteenuseid. Näiteks CPV koodile nr 72212771-4 vastavad üldtarkvara arendusteenused ja koodile nr 72212931-4 koolitustarkvara arendusteenused.

### 2.2.2.2. Asi või teenus kui lepingu ese

Õiguskirjanduses on valmistarkvara hankimist peetud asjade ostmiseks ning hankija vajadusi rahuldava tarkvara loomise hankimist teenuste tellimiseks.<sup>135</sup> Mõlemal juhul saab hankija kindlate kasutusomadustega tarkvara kui teose, mis on salvestatud materiaalsele andmekandjale. Loodava tarkvara tellimise korral osutatakse lisaks tarkvaraarendusteenust. Seega on mõlemal juhul lepingu eseme kriteerium justkui täidetud. Tarkvara kui teose lahutamatuks komponentideks on aga lisaks autoriõigused. Seejuures tuleneb AutÕS § 16 lg-st 1, et „[a]utoriõigus teosele kuulub autorile [...] sõltumata sellest, kellel on omandiõigus sellele materiaalsele objektile, milles teos on väljendatud”. See tähendab, et tarkvara hankimise puhul tuleb eristada asjaõiguslikke ja autoriõigusega reguleeritud objekte<sup>136</sup> ning ainuüksi tarkvara materiaalse kandja omamine ei anna õigust seda tarkvara kasutada.<sup>137</sup> Järelikult lisaks tarkvarale kui IT-tootele peab hankija alati omandama ka tarkvara kasutamiseks vajalikud varalised või kasutusõigused. Seoses eelnevaga tõusetub küsimus, kuidas käsitada neid varalisi või kasutusõigusi riigihangete seaduse tähenduses.

RHS § 4 lg 4 kohaselt on asjade hankelepingute objektiks asjade ostmine, samuti üürimine, rentimine või liisimine kas asja omandamise õigusega või ilma. Sellele sättele vastab riigihangete direktiivi art 1 lg 2 p c, mis erineb RHS § 4 lg-st 4 vaid selle poolest, et sõna „asi” asemel on kasutatud sõna „toode”. Vaidlustuskomisjoni hinnangul on riigihangete direktiivis toodud mõiste „tooted” laiem ja võimaldab toodetena käsitleda ka kasutusõigusi.<sup>138</sup> Sellest tulenevalt on vaidlustuskomisjon leidnud, et tarkvara litsentside hankimiseks sõlmitakse hankemenetluses asjade riigihankeleping.<sup>139</sup>

Magistritöö autor nõustub eeltoodud seisukohaga, et kasutusõigusi tuleks käsitada riigihangete seaduse mõttes asjadena. Seda põhjusel, et vastasel juhul oleks kasutusõigusi võimalik omandada üksnes ideekonkursi tulemusena.<sup>140</sup> Nimelt RHS § 9 lg-s 1 on sätestatud, et “[i]deekonkurss [...] on menetlus, mille tulemusena hankija võib omandada [...] kavandi või projekti peamiselt [...] infosüsteemide või tarkvara arendamise või andmetöötluse valdkonnas”. RHS § 2 lg-st 2 tuleneb, et “[r]iigihangeteks [...] on asjade ostmine, teenuste

<sup>135</sup> J. Parre, A. Kaljurand, lk 88; A. Tanila jt, lk 23; Office of Government Commerce, lk 5.

<sup>136</sup> A. Tanila jt, lk 6.

<sup>137</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse, lk 15.

<sup>138</sup> VAKOo 25.05.2012, 98-12/132833, p 7.

<sup>139</sup> VAKOo 25.05.2012, 98-12/132833, p 7.

<sup>140</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse, lk 22.

tellimine, ideekonkursside korraldamine, ehitustööde tellimine ja ehitustööde ning teenuste kontsessioonide andmine hankija poolt, samuti ehitustööde tellimine ehitustöö kontsessionääri poolt”. Järelikult on varaliste autoriõiguste omandamine riigihangete seadust rangelt järgides võimalik üksnes ideekonkursi korras.<sup>141</sup> Selline piirang varaliste õiguste omandamiseks ei ole aga põhjendatud.<sup>142</sup> Kui käsitada autoriõigusi riigihangete seaduse mõttes asjadena, siis selline piirang ületatakse.

Järelikult on tarkvaraga seotud autoriõigused riigihankelepingu eseme mõttes käsitatavad asjadena ning seega on riigihangete seaduse kohaldamisalasse kuuluvate tehingute nn eseme kriteerium vaba tarkvara kasutusõiguste omandamise ja vaba tarkvara baasil loodava tarkvara tellimise puhul täidetud.

### 2.2.2.3. Vastastikused varalised kohustused

„Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitus” on leitud, et kuna vaba tarkvara kui valmistoote puhul jääb ära tarkvara kui niisuguse ost, ei pea vaba tarkvara litsentsiga ühinemise korral hanget välja kuulutama.<sup>143</sup> Vaba tarkvara on tõepoolest sageli tasuta. Samas, nagu käesolevas magistritöös eespool välja toodud, ei saa samastada vaba tarkvara tasuta tarkvaraga. Sõna „vaba” viitab vaba tarkvara juures kasutaja õigustele tarkvara tasuta kasutada, kopeerida, uurida, muuta ja levitada, mitte aga sellele, et kasutusõiguste omandamisega seoses ei pea maksma üldse mingit tasu.<sup>144</sup> Hoolimata sellest, et vaba tarkvara kasutamise eest tasu ei nõuta, võib tarkvara kasutada soovival isikul lasuda kohustus tasuda selle levitamiskulude, näiteks andmekandja eest, millele vaba tarkvara koopia on salvestatud.<sup>145</sup> Seega, kui vaba tarkvara kasutamise õiguse saamisega seoses tuleb tasuda teatud rahasumma, on ka vaba tarkvara puhul täidetud nn vastastikuste varaliste kohustuste kriteerium. Põhjusel, et vaba tarkvara litsentsiga ühinemisel on täidetud ka nn lepingu ja lepingu eseme kriteeriumid, kuulub niisugusel juhul vaba tarkvara kasutusõiguste omandamine riigihangete seaduse kohaldamisalasse.

Lisaks hõlmab nn vastastikuste varaliste kohustuste kriteerium enamat kui ainult tasu maksmist. Riigihangete seaduse seletuskirjas on selgitatud, et vastastikuste varaliste

---

<sup>141</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse, lk 22.

<sup>142</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse, lk 22.

<sup>143</sup> A. Tanila jt, lk 12, 16.

<sup>144</sup> Käesoleva magistritöö alapeatükk 1.1.1., lk 9.

<sup>145</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 22.

kohustustega leping on leping, millel on majanduslik väärtus.<sup>146</sup> Kuigi majanduslik väärtus on eelkõige lepingul, mille kohaselt makstakse rahalist tasu, võib see seisneda ka hankija poolt pakkujaile antavas muus majanduslikus hüves.<sup>147</sup> Viimase puhul võib olla tegemist ka kaudse (mitterahalise) tuluga.<sup>148</sup> Oluline on, et esineks vastastikune sooritus.<sup>149</sup> Euroopa Kohus on seisukohal, et tasuta kaup või teenus ei tähenda automaatselt, et selle ostmiseks või tellimiseks ei pea läbi viima hankemenetlust.<sup>150</sup> Seega on ka Euroopa Kohtu praktika kohaselt analüüsitava kriteeriumil laiem tähendus, hõlmates igasugust varalist eelist, näiteks ka teatud vastuteene saamist.<sup>151</sup> Eelnevast tulenevalt piisab nn vastastikuste varaliste kohustuste olemasoluks sellest, kui avaliku sektori asutusel on tehingust tulenevalt tehingu teise poole ees kohustus, mis omab majanduslikku väärtust.

Vaba tarkvara litsentsiga ühinemisega võib kaasneda kasutaja kohustus kompenseerida vaba tarkvara kasutamine muul viisil kui teatud rahasumma tasumisega.<sup>152</sup> Näiteks sellega, et kasutaja kohustub tarkvara iga muudatuse või täienduse tegemisel muudetud lähtekoodi avaldama esialgsele tarkvara autorile.<sup>153</sup> Tegemist ei ole seejuures vaid teoreetilise võimalusega. Niisugune säte sisaldub näiteks vaba tarkvara litsentsis Reciprocal Public Licence.<sup>154</sup> Sellist vastuteenet tuleks lugeda majanduslikku väärtust omavaks, kuna esialgse tarkvara autor saab tarkvara muudetud ja täiendatud versioonid selleks ise midagi tegemata. Kui vaba tarkvara kasutamise eest nõutakse aga vastuteenet, millel on varaline väärtus, on nn vastastikuste varaliste kohustuste kriteerium täidetud ning sellistel tingimustel tarkvara kasutusõiguste omandamisele kohaldub riigihangete seadus. Seega ka tasuta vaba tarkvara puhul ei tohiks liiga rutakalt ja konkreetse litsentsiga eelnevalt tutvumata asuda seda internetist alla laadima.

Vaba tarkvara arendusteenuse tellimise korral on tehingupooltel vastastikused varalised kohustused igal juhul – arendajal on kohustus luua tarkvara ning hankijal on kohustus maksta tehtud töö eest tasu. Seetõttu on nn vastastikuste varaliste kohustuste tingimus täidetud ka siis,

<sup>146</sup> A. Lauren (koost). Riigihangete seadus: riigihangete seaduse seletuskiri. Tallinn: Agitaator 2007, lk 141.

<sup>147</sup> A. Lauren (koost). Riigihangete seadus: riigihangete seaduse seletuskiri. Tallinn: Agitaator 2007, lk 141.

<sup>148</sup> P. Henty. Chandler in the Court of Appeal: public procurement issues – R. (on the application of Chandler) v Secretary of State for Children, Schools and Families. Public Procurement Law Review, 2010, 2, NA64-67, lk 66 (viidatud: M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes, lk 18).

<sup>149</sup> S. Arrowsmith. The law of public and utilities procurement. London: Sweet and Maxwell 2005, 2<sup>nd</sup> edition 2008, lk 283; M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes, lk 18.

<sup>150</sup> Näiteks kohtuasi *Roanne*, p 45; kohtuasi *Architetti jt*, p-d 77-86.

<sup>151</sup> M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes, lk 18.

<sup>152</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 65.

<sup>153</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 22.

<sup>154</sup> Reciprocal Public Licence (RPL-1.5). Version 1.5, 15 July 2007. Arvutivõrgus: <http://opensource.org/licenses/RPL-1.5> (24.02.2013), art 6.0.

kui loodav tarkvaralahendus ise on plaanis jätta ka edaspidi vabaks tarkvaraks ning tarkvara eest litsentsitasu ei nõuta.

Eeltoodust tulenevalt on vaba tarkvara alusel loodava tarkvara tellimise puhul täidetud nii nn lepingu, hankelepingu eseme kui ka vastastikuste varaliste kohustuste kriteeriumid. Seega kuulub vaba tarkvara alusel loodava tarkvara tellimine riigihangete seaduse kohaldamisalasse. Vaba tarkvara litsentsiga ühinemise puhul on täidetud nn lepingu ja hankelepingu eseme kriteeriumid alati, ent nn vastastikuste varaliste kohustuste kriteerium on täidetud vaid juhul, kui vaba tarkvara kasutusõiguste saamisega seoses nõutakse tarkvara levitamiskulude hüvitamist või vastuteenet, millel on majanduslik väärtus. Seega kuulub vaba tarkvara litsentsiga ühinemine riigihangete seaduse kohaldamisalasse vaid nimetatud juhtudel. Tasuta vaba tarkvara, mille eest ei nõuta samal ajal ka mingis muus vormis kompensatsiooni, võib riigihanget korraldamata internetist alla laadida.

## 2.3. Hankimise võimalused riigihankemenetluses

### 2.3.1. Vabale tarkvarale viitamine hankedokumentides

#### 2.3.1.1. Tehniline kirjeldus

Nagu selgus eelnevast analüüsist, tuleb vaba tarkvara baasil arenduste tellimiseks ning teatud juhtudel ka olemasoleva vaba tarkvara kasutusõiguste omandamiseks läbi viia riigihankemenetlus. Sellega seoses tekib küsimus, et kui avaliku sektori asutus on tarkvara hanke vajadused määratlenud ning tulemuseks on see, et vajatakse vaba tarkvara või vabal tarkvaral põhinevat uut tarkvaralahendust, siis kas ja kuidas on võimalik neid hankida riigihankemenetluse käigus. Teoreetiliselt on hankijal hankemenetluses kaks võimalust oma vajadustele vastava tarkvara ja sellega seotud tingimuste määratlemiseks hankedokumentides: tehniline kirjeldus ja pakkumuste hindamise kriteeriumid.<sup>155</sup> Lisaks, põhjusel, et vaba tarkvara erineb ärivarast eelkõige selle kasutamise tingimuste poolest, saab hankija vastavad tingimused määratleda ka hankelepingu projektis või tulevase hankelepingu tingimustes, mis RHS § 32 lg 2 p 3 järgi on samuti hankedokumentide üheks osaks. Tõusetub aga küsimus, kas vaba tarkvara või vabale tarkvarale iseloomulike tunnuste väljatoomine eelnimetatud hankedokumentide osades on riigihangete seaduse kohaselt lubatud.

---

<sup>155</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 70.

Hanke objekti tunnused määratletakse ja sellele esitatavad nõuded sätestatakse tehnilises kirjelduses. RHS § 32 lg 1 p 2 kohaselt on tehniline kirjeldus hankija poolt hankelepingu eseme kirjeldamiseks vastavas valdkonnas tegutsevatele isikutele arusaadavat terminoloogiat ja täpsuse astet kasutades kehtestatud asjade või teenuste omaduste ja oluliste tunnuste loetelu. RHS § 33 lg 1 kohaselt peab tehnilises kirjelduses hankelepingu eseme määramisel viitama vastava valdkonna tehnilisele normile. Viimase puudumisel sama sätte kohaselt aga Euroopa, siseriiklikule või rahvusvahelisele standardile, Euroopa või Eesti tehnilisele tunnustusele, ühtsele või Eesti tehnilisele kirjeldusele või mõne Euroopa standardiorganisatsiooni kehtestatud tehnilisele kontrollsüsteemile (edaspidi koos nimetatult standardid). Alternatiivselt võib tulenevalt RHS § 33 lg-st 3, määratleda tehnilises kirjelduses hankelepingu eseme selle kasutusomadusi või funktsionaalseid nõudeid kirjeldades. Seega määratletakse tehnilises kirjelduses hankelepingu eseme omadused kas viidates tehnilisele normile, standarditele või kirjeldades eseme kasutusomadusi või funktsionaalseid nõudeid.

Tarkvara suhtes tehnilisi norme ei ole kehtestatud. Samuti ei ole vaba tarkvara kokkulepitud kontseptsioon ega standard,<sup>156</sup> mistõttu tehnilises kirjelduses vabale tarkvarale kui standardile viitamine ei ole võimalik. Tekib aga küsimus, kas vaba tarkvara viitab teatavatele kasutusomadustele, tunnustele või funktsionaalsetele nõuetele või on seda võimalik kirjeldada nendest lähtuvalt. Hollandi avaliku sektori asutustele välja antud tarkvara hankimise juhise koostajad on arvamusel, et vaba tarkvara ei saa kirjeldada tehnilises kirjelduses. Seda põhjusel, et vaba tarkvara iseloomulike tunnuste näol ei ole tegemist tarkvara kasutus- või tehniliste omadustega, vaid tarkvara kasutamise tingimustega.<sup>157</sup> Vaba tarkvara hankimist Euroopa Liidus käsitlevas materjalis on aga leitud, et hankedokumentides on võimalik hankelepingu esemena nimetada vaba tarkvara.<sup>158</sup> Samas on pööratud tähelepanu sellele, et vaba tarkvara hankelepingu esemena väljatoomine ei ole kooskõlas riigihangete korraldamise hea tavaga.<sup>159</sup>

Magistritöö autor nõustub sellega, et vaba tarkvara ei saa kirjeldada tehnilises kirjelduses, kuna vaba tarkvara erineb muust tarkvarast lähtekoodi avatuse ja kasutajale antavate õiguste poolest, kuid kasutusomaduste, funktsionaalsete ja tehniliste tunnuste poolest võib vaba tarkvara olla muu tarkvaraga, sealhulgas ärivaraga, samane. Eeltoodud põhjusel ei saa tehnilises kirjelduses ühe tingimusena ka „vaba tarkvara” kui tarkvaraliiki nimetada. Seda

---

<sup>156</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 25.

<sup>157</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 25.

<sup>158</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 70.

<sup>159</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 70.

olenemata RHS § 33 lg-st 7, mille kohaselt on kindla tüübi nimetamine lubatud juhul, kui see on hankelepingu olemusest tulenevalt vältimatult vajalik, ning tingimusel, et lisatakse juurde märke „või sellega samaväärne”. Vaba tarkvara kui tarkvaraliigi seadmisega üheks tingimuseks välistatakse ärivara pakkumused olenemata sellest, kas lisatakse märke „või sellega samaväärne”, kuna vaba tarkvaraga saab samaväärne olla üksnes teine vaba tarkvara. Seega piiratakse konkurentsi ning märke „või sellega samaväärne” lisamine ei täidaks oma eesmärki. Konkreetse vaba tarkvara nimetamine tehnilises kirjelduses on aga sisuliselt sama, mis konkreetsele ärivarale viitamine<sup>160</sup> ning seega lubatud vaid RHS § 33 lg-s 7 sätestatud erandjuhul koos märke „või sellega samaväärne” lisamisega.

Eeltoodust tulenevalt on magistritöö autor seisukohal, et riigihangete seadusega ei ole kooskõlas tehnilises kirjelduses hanke eseme määratlemisel vaba tarkvara kui tingimuse kirjeldamine, selle tarkvaraliigina nimetamine ega konkreetsele vabale tarkvarale viitamine. Neist viimane on lubatud vaid erandjuhul koos märkega „või sellega samaväärne”. Tehtud järeldus kehtib täielikult olemasoleva vaba tarkvara ehk vaba tarkvara valmistoodete hankimise kohta. Mis puudutab vaba tarkvara baasil loodava tarkvara hankimist, on kohtu- ja vaidlustuskomisjoni praktikas tehnilise kirjelduse koostamise kohta erinevaid arvamusi. Seda täpsemalt küsimuses, kas riigihangete seadusega on kooskõlas, kui tehnilises kirjelduses nimetatakse tarkvara alusplatvormina internetist tasuta kättesaadav konkreetne vaba tarkvara. Probleemi tuum seisneb selles, et erinevalt loodava tarkvara alusplatvormina ärivara nõudmisest ei anna justkui ühelegi pakkuja eelist ega piira konkurentsi tasuta vaba tarkvara alusplatvormina nõudmine, kuna see on kõigile arendajatele vabalt kättesaadav.

Siinkohal saab välja tuua kaks riigihanke vaidlustust: Inversion Software OÜ vaidlustus Eesti Loodusmuuseumi riigihankes “Eesti Loodusmuuseumi infosüsteemi tarkvara arendamine” hankedokumentide peale (edaspidi Loodusmuuseumi hange või Loodusmuuseumi hanke vaidlustus)<sup>161</sup> ning ATOS IT Solutions and Services OY Eesti filiaali vaidlustus Siseministeeriumi infotehnoloogia- ja arenduskeskuse riigihankes „Täisautomatiseeritud piirikontrolli infosüsteemi rajamine” hanke alusdokumentide peale (edaspidi Siseministeeriumi hange või Siseministeeriumi hanke vaidlustus).<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Europe Economics. Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services: SMART 2011/0044. D2 – Overview of Procurement Practices. Arvutivõrgus: <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/study-action23/d2-finalreport-29feb2012.pdf> (13.11.2012), lk 155.

<sup>161</sup> Hange riigihangete registri viitenumbriga 120741.

<sup>162</sup> Hange riigihangete registri viitenumbriga 133613.



Loodusmuuseumi hange vaidlustati põhjusel, et hankija oli tehnilises kirjelduses kehtestanud nõude, mille kohaselt loodava infosüsteemi tehnoloogilise platvormina võis kasutada PHP või JAVA andmebaasina MySQL või PostgreSQL andmebaasimootorit. Seega olid tehnilises kirjelduses nimetatud konkreetsed vaba tarkvara tooted,<sup>163</sup> kusjuures JAVA ja MySQL puhul on lisaks tegemist kaubamärkidega.<sup>164</sup> Siseministeeriumi hange vaidlustati sarnasel põhjusel. Nimelt oli Siseministeeriumi hankes hankija tehnilise kirjelduse lisas esitanud nõude, mille kohaselt hangitav tarkvara pidi töötama operatsioonisüsteemi CentOS 6 või selle uuema versiooni peal. CentOS 6 on samuti konkreetne vaba tarkvara toode<sup>165</sup> ning vaidlustaja sõnul oli CentOS ka kaubamärk.<sup>166</sup>

Mõlemas vaidlustuses olid vaidlustajad seisukohal, et tehniline kirjeldus oli vastuolus RHS § 33 lg-ga 7, mille kohaselt ei nimetata tehnilistes kirjeldustes kindlat ostuallikat, protsessi, kaubamärki, patenti, tüüpi, päritolu ega tootmisviisi, mis võiks anda mõnede pakkujatele või toodetele eeliseid teiste ees või nende osaluse välistada. Lubatud on see RHS § 33 lg 7 teise lause järgi vaid juhul, kui see on hankelepingu esemest tulenevalt vältimatult vajalik põhjusel, et tehnilise kirjelduse koostamine standarditest, kasutusomadustest või funktsionaalsetest nõuetest lähtuvalt ei võimalda hankelepingu eset piisavalt täpselt ja mõistetavalt kirjeldada. Sellisel juhul tuleb viitele konkreetsele tootele, ostuallikale jms lisada märge „või sellega samaväärne”. Lisaks tõi vaidlustaja Siseministeeriumi hanke vaidlustuses välja, et tehniline kirjeldus oli samuti vastuolus RHS § 33 lg-ga 8, mille järgi tehniline kirjeldus peab tagama kõigile pakkujatele võrdsed tingimused pakkumuse esitamiseks ega tohi tekitada objektiivselt põhjendamatuid takistusi riigihangete avamisel konkurentsile.

Loodusmuuseumi hanke vaidlustuse jättis vaidlustuskomisjon rahuldamata, põhjendades oma otsust sellega, et tehnilises kirjelduses nimetatud tehnilised lahendused on turul vabalt ja

---

<sup>163</sup> PHP on kasutatav vaba tarkvara litsentsi alusel. Vt: PHP. PHP Licensing. Arvutivõrgus: <http://php.net/license/index.php> (14.04.2013); JAVA on suures osas kasutatav vaba tarkvara litsentsi alusel. Vt: Java-Source.net. Open Source Software in Java. Arvutivõrgus: <http://java-source.net/> (14.04.2013); MySQL on kasutatav vaba tarkvara litsentsi alusel. Vt: MySQL. MySQL Licensing Policy. Arvutivõrgus: <http://www.mysql.com/about/legal/licensing/index.html> (14.04.2013); PostgreSQL on kasutatav vaba tarkvara litsentsi alusel. Vt: PostgreSQL. License. Arvutivõrgus: <http://www.postgresql.org/about/licence/> (14.04.2013).

<sup>164</sup> JAVA on Eestis ja Euroopa Ühenduses registreeritud kaubamärk (Eesti registreeringu number 22538, Euroopa Ühenduse kaubamärgi viitenumber 006551626), mille mõlema omanik on Oracle America, Inc. MySQL on rahvusvaheliselt registreeritud kaubamärk (kaubamärgi viitenumber 757379), mille omanik on MySQL Aktiebolag. Nimetatud kaubamärgid olid registreeritud enne Loodusmuuseumi hanke vaidlustamist.

<sup>165</sup> CentOS 6 on kasutatav vaba tarkvara litsentsi alusel. Vt: Cenotos. Centos on the Web. Arvutivõrgus: [http://mirror.centos.org/centos/6/os/x86\\_64/](http://mirror.centos.org/centos/6/os/x86_64/) (14.04.2013).

<sup>166</sup> Siseministeeriumi hanke vaidlustuse lahendamise ajal ei olnud CentOS kaubamärgina registreeritud, samas ei välista see, et tegemist võis olla üldtuntud kaubamärgiga.

tasuta kättesaadavad ning nende kasutamine ei välista ühegi pakkuja, sealhulgas vaidlustaja osalemist riigihankes.<sup>167</sup> Tallinna Halduskohus nõustus vaidlustuskomisjoniga, tuues oma lahendis lisaks välja, et PHP, JAVA, MySQL ja PostgreSQL tarkvaralahenduste kriteeriumina esitamine ei saa anda ka ühelegi tootele eeliseid teiste toodete ees.<sup>168</sup> Vaidlustuskomisjoni ja Tallinna Halduskohtu põhjendustest tuleneb, et konkreetse ostuallika, protsessi ja muu RHS § 33 lg 7 esimeses lauses loetletud asjaolu nimetamine on keelatud RHS § 33 lg 7 järgi üksnes juhul, kui nende nimetamine võiks anda mõnele pakkujale või tootele eelise. Seega on vaidlustuskomisjon ja Tallinna Halduskohus tõlgendanud RHS § 33 lg-d 7 kitsendavalt.

Tallinna Ringkonnakohus aga rahuldab vaidlustuse ning tühistas vaidlustuskomisjoni ja Tallinna Halduskohtu otsused, leides, et kui tehnilise kirjelduse koostamisel viidatakse konkreetsele tootele, tuleb alati anda võimalus konkureerida ka samaväärsel tootel.<sup>169</sup> Sellest tulenevalt leidis kohus omakorda, et vastustaja peab tehnilise kirjelduse vastavusse viima RHS § 33 lg 7 nõuetega ehk toodete nimetustele lisama märkuse „või sellega samaväärne”.<sup>170</sup> Ringkonnakohtu põhjendustest tuleneb, et konkreetse toote nimetamine annab paratamatult sellele tootele eelise, ning seetõttu alati, kui tehnilises kirjelduses nimetatakse konkreetne toode, tuleb sellele lisada märkus „või sellega samaväärne”. Sarnase seisukoha on võtnud varasemalt ka Euroopa Kohus. Nimelt on Euroopa Kohus kohtuasjades *Bent Moustén Vestergaard vs. Spøttrup Boligselskab*<sup>171</sup> ja *Commission of the European Communities vs. Kingdom of the Netherlands*<sup>172</sup> leidnud, et kui tehnilises kirjelduses on nimetatud konkreetne toode, siis tuleb seda viidet igal juhul täiendada märkega „või sellega samaväärne”.<sup>173</sup>

Siseministeeriumi hanke vaidlustuse rahuldab vaidlustuskomisjon sarnaselt Tallinna Ringkonnakohtuga tehnilise kirjelduse vastuolu tõttu RHS § 33 lg-ga 7, kuid tõlgendas seejuures RHS § 33 lg-d 7 veelgi laiemalt. Vaidlustuskomisjon põhjendas oma otsust

---

<sup>167</sup> VAKOo 02.12.2010, 228-10/120741, p 7.

<sup>168</sup> TlnRnKo 3-10-3225 p 6.

<sup>169</sup> TlnRnKo 3-10-3225 p 17.

<sup>170</sup> TlnRnKo 3-10-3225 p 18.

<sup>171</sup> EKm 03.12.2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard vs. Spøttrup Boligselskab*.

<sup>172</sup> Kohtuasi *Netherlands*.

<sup>173</sup> Kohtuasi *Boligselskab*, p-d 24-26; kohtuasi *Netherlands*, p-d 26-28. Euroopa Kohus on tõlgendanud vaidlusalust sätet ühtemoodi, sõltumata kohtuasjade ajal kehtinud sõnastuste erinevusest. Nimelt oli kohtuasja *Netherlands* lahendamise ajal sätte sõnastus: keelatud on tehnilised kirjeldused, milles on nimetatud konkreetsed tooted või ostuallikad „ja mis annavad” eelise teatud ettevõtetele või toodetele (Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts. – L 013, 15/01/1977, lk 0001 – 0014, art 7 lg 6, magistrirõõ autori tõlge). Kohtuasja *Boligselskab* lahendamise ajal aga: keelatud on tehnilised kirjeldused, milles on nimetatud konkreetsed tooted või ostuallikad „ja mis seetõttu annavad” eelise teatud ettevõtetele või toodetele (Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts. – L 199, 09/08/1993, lk 0054 – 0083, art 10 lg 6, magistrirõõ autori tõlge). RHS § 33 lg 7 ja riigihangete direktiivi art 23 lg 8 sõnastus sarnaneb esimesega neist.

järgnevalt: „Võimaldamaks konkureerida samaväärsetel toodetel sätestab RHS § 33 lg 7 nõude, et juhul, kui hanke eseme kirjeldamisel tekkivad objektiivsed raskused ületatakse analoogia abil, tuleb viitele kindlale ostuallikale, protsessile, patentile jms lisada kindlasti märke „või sellega samaväärne”.<sup>174</sup> Vaidlustuskomisjoni põhjendusest tuleneb seega, et märke „või sellega samaväärne” tuleb lisada eranditult ka juhul, kui ei nimetata konkreetset toodet, vaid hanke esemega seotud RHS § 33 lg-s 7 nimetatud muu asjaolu. Põhjusel, et RHS § 33 lg-s 7 sätestatud asjaolude nimetamisega antakse üldjuhul teatud toodetele eelis, on magistritöö autor seisukohal, et reeglina tuleb tõepoolest lisada ka märke „või sellega samaväärne”. Siiski ei tähenda see, et RHS § 33 lg 7 esimese lause teine pool („mis võiks anda mõnede pakkujatele või toodetele eeliseid teiste ees või nende osaluse välistada”) normist tuleneva keelu rakendamisel üheks eelduseks ei ole ning seetõttu tuleks seda siiski igal konkreetsel juhul RHS § 33 lg 7 rakendamisel analüüsida.

Magistritöö autor nõustub aga täielikult sellega, et konkreetse toote nimetamine hanke tingimusena tehnilises kirjelduses annab sellele tootele paratamatult eelise. Põhjusel, et RHS § 33 lg-s 7 on eristatud toodete- ja pakkujatevahelist konkurentsi, tuleb seega konkreetse toote nimetamisel, isegi juhul, kui see pakkujatevahelist konkurentsi ei riku, tehnilises kirjelduses alati lisada märke „või sellega samaväärne”. Järelikult ka tasuta vaba tarkvara hanke tingimusena tehnilises kirjelduses nimetamine on lubatud vaid koos märkega „või sellega samaväärne”.

Lisaks tuleneb Euroopa Komisjoni praktikast, et riigihangete direktiivi art 23 lg 8, millele vastab RHS § 33 lg 7, kehtib ka hanke eseme osa, mitte üksnes hanke eseme kui terviku suhtes. Nimelt on Euroopa Komisjon esitanud viiele Euroopa Liidu liikmesriigile märgukirjad, kuna neis riikides oli hangitavate arvutite ühe alamkomponendi kirjeldamisel viidatud konkreetsele kaubamärgile.<sup>175</sup> Seega tuleb märke „või sellega samaväärne” lisada konkreetse toote nimetamisel ka juhul, kui selle tootega on määratletud mõni tarkvara komponent, sealhulgas loodava tarkvara alusplatvorm.

Sarnaselt vaba tarkvara valmistoote hankimisega ei saa tehnilises kirjelduses hangitava tarkvara alusplatvormi tingimuseks seada ka üldiselt „vaba tarkvara” ega vaba tarkvara kui

<sup>174</sup> VAKOo 25.05.2012, 98-12/132833, p 8.

<sup>175</sup> Public procurement: Commission examines discriminatory specifications in supply contracts for computers in four Member States. IP/04/1210, 13 October 2004. Arvutivõrgus: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-1210\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1210_en.htm?locale=en) (13.11.2012); Public procurement: Commission takes action against Spain to correct breaches of EU law. IP/06/443, 4 April 2006. Arvutivõrgus: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-443\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-443_en.htm?locale=en) (13.11.2012).

tarkvara alusplatvormi tehnilises kirjelduses kirjeldada, kuna vaba tarkvara eripära seisneb selle kasutustingimustes, mitte kasutusomadustes või funktsionaalsustes. Seega ei ole valmistarkvara hankimise korral hanke eseme määratlemisel ega ka loodava tarkvara hankimisel selle alusplatvormi kirjeldamisel tehnilises kirjelduses vabale tarkvarale osutamine või selle iseloomulike tunnuste väljatoomine riigihangete seadusega kooskõlas. Samuti ei ole kummalgi juhul võimalik tehnilises kirjelduses hanke eseme kirjeldamisel nimetada konkreetne vaba tarkvara ilma märget „või sellega samaväärne” lisamata.

### 2.3.1.2. Pakkumuste hindamise kriteeriumid

Lisaks tehnilises kirjelduses hanke eseme määratlemisele on võimalik hankijal kujundada pakkumuste hindamise kriteeriumid selliselt, et hankemenetluse tulemusena saadu vastaks hankija vajadustele.<sup>176</sup> Nagu eespool selgus, ei ole vabale tarkvarale tehnilises kirjelduses viitamine kooskõlas riigihangete seadusega. Kas vabale tarkvarale saaks aga osutada pakkumuste hindamise kriteeriumides?

Hankijal on võimalik RHS § 31 lg 3 kohaselt sõlmida hankaleping tervikuna majanduslikult soodsaima või üksnes madalaima hinnaga pakkumuse alusel. Kui hankija sõlmib hankalepingu majanduslikult soodsaima pakkumuse alusel, peab ta RHS § 31 lg 4 järgi nimetama pakkumuste hindamise kriteeriumid, mille alusel ta valib esitatud pakkumiste seast välja soodsaima. Nimetatud kriteeriumid peavad olema RHS § 31 lg 4 kohaselt seotud hankalepingu esemega ning võimaldama pakkumuste objektiivset hindamist. Eelkõige võivad nendeks kriteeriumideks olla kvaliteet, hind, tehniline väärtus, esteetilised ja funktsionaalsed omadused, keskkonda mõjutavad omadused, käitamiskulud, tasuvus, müügijärgne hooldus ja tehniline abi ning selle maksumus, sõlmitava hankalepingu alusel vahetult teenuste osutamise või ehitustööde tegemise eest vastutavate isikute spetsiifilised tõendatud oskused või kogemus, millest otseselt sõltub osutatavate teenuste või tehtavate ehitustööde kvaliteet, ning hankalepingu täitmise tähtaeg (RHS § 31 lg 4). Vaba tarkvara kui tarkvaraliik on seotud hankalepingu esemega. Samas ei kuulu vabale tarkvarale iseloomulikud tunnused ühegi eespool välja toodud kriteeriumi alla ning on küsitav, kas „vaba tarkvara” kui pakkumuste hindamise kriteerium võimaldab pakkumuste objektiivset hindamist.

---

<sup>176</sup> Niisugusele võimalusele on pöördutud tähelepanu ka kohtupraktikas. Vt nt: TlnHKo 3-11-2614 p 2.

Riigihangete seadusest tulenevaid pakkumuste hindamise kriteeriumidele esitatavaid nõudeid on täpsustatud Rahandusministeeriumi poolt koostatud „Riigihangete juhises”.<sup>177</sup> Selles on muuhulgas välja toodud, et pakkumuste hindamise kriteeriumid peavad olema sõnastatud täpselt, nii et pakkujad tõlgendaksid neid ühtemoodi ning mõistaksid, milliseid asjaolusid hankija konkreetse kriteeriumi kohaldamisel arvesse võtab. Samuti peavad need olema sõnastatud nii, et hankija saaks objektiivselt põhjendada edukaima pakkujaga hankelepingu sõlmimist.<sup>178</sup> Lisaks tuleneb Euroopa Kohtu praktikast, et hankedokumentides sätestatud tingimused peavad olema selged, täpsed ja ühemõttelised, nii et esiteks, kõik mõistlikud ja käibes vajalikku hoolt järgivad pakkujad saaksid aru nende tähendusest ja tõlgendaksid neid ühtemoodi, ning teiseks, et hankija oleks võimeline kindlaks tegema, kas esitatud pakkumused vastavad neile tingimustele. Ainult sellisel juhul on Euroopa Kohtu hinnangul tagatud riigihankemenetluses läbipaistvuse põhimõte.<sup>179</sup> Hollandi avaliku sektori asutustele välja antud tarkvara hankimise juhise koostajad on seisukohal, et vaba tarkvara seadmine üheks pakkumuste hindamise kriteeriumiks on läbipaistvuse põhimõttega vastuolus.<sup>180</sup>

Magistritöö autor on seisukohal, et kui nimetada vaba tarkvara ühe pakkumuste hindamise kriteeriumina, võib pakkujatele jääda arusaamatuks, mida hankija selle kriteeriumi all täpselt silmas on pidanud. Samuti võivad pakkujad niisugust kriteeriumi erinevalt tõlgendada, kuna vaba tarkvara määratlusi on kaks ning vaba tarkvara alla kuuluvad omakorda erinevat tüüpi litsentsid.<sup>181</sup> Samal põhjusel on hankijal ka kriteeriumile vastavust või mittevastavust objektiivselt põhjendada. Ka P.-E. Schmitz on leidnud, et „vaba tarkvara” mainimine hankedokumentides on ebaselge ning seda tuleks vältida.<sup>182</sup> Eelnevast tulenevalt leiab magistritöö autor, et vaba tarkvara nimetamine ühe pakkumuste hindamise kriteeriumina ei võimalda pakkumuste objektiivset hindamist ning nõustub seisukohaga, et see on vastuolus läbipaistvuse põhimõttega. Järelikult ei ole „vaba tarkvara” seadmine üheks pakkumuste hindamise kriteeriumiks kooskõlas RHS § 31 lg-ga 4.

Vaba tarkvara nimetamine ei ole siiski ainus võimalus osutada vabale tarkvarale pakkumuste hindamise kriteeriumides. Vaba tarkvara hankimist käsitlevates soovitusetes on välja pakutud

---

<sup>177</sup> Rahandusministeerium, lk 160.

<sup>178</sup> Rahandusministeerium, lk 160.

<sup>179</sup> EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs. CAS Succhi di Frutta SpA*, p 111.

<sup>180</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 25.

<sup>181</sup> Käesoleva magistritöö alapeatükid 1.1.1. ja 1.1.3., lk 9, 14-15.

<sup>182</sup> P.-E. Schmitz. Part 3: The Open Source Market Structure. – European Commission. Study into the use of Open Source Software in the Public Sector, June 2001. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doccec2a.pdf?id=1974> (14.01.2013), lk 78.

ka võimalus tuua pakkumuste hindamise kriteeriumidena välja vaba tarkvara kasutamise tingimused.<sup>183</sup> Vastavate kriteeriumide sõnastuseks on pakutud alljärgnev:

- 1) Tarkvara autori varalised õigused loovutatakse hankijale ilma piiranguteta<sup>184</sup> või varalisi õigusi ei loovutata, kuid tarkvara on lubatud kasutada igal eesmärgil;<sup>185</sup>
- 2) Tarkvara lähtekoodi on lubatud hankijal või kolmandal isikul uurida testimise, õppe- või muul eesmärgil;<sup>186</sup>
- 3) Hankijal või kolmandal isikul on lubatud tarkvara muuta;<sup>187</sup>
- 4) Hankijal on lubatud tarkvara levitada nii algsel kui ka muudetud kujul kolmandatele isikutele, võimaldades neil hankijaga samadel tingimustel tarkvara kasutada, uurida, muuta ja levitada.<sup>188</sup>

Kui hangitakse valmistarkvara, on eeltoodud kriteeriumid seotud tarkvara kui tervikuga, loodava tarkvara hankimise puhul aga selle alustarkvaraga. Igal juhul on need kriteeriumid seotud hankelepingu esemega. Samuti ei anna kriteeriumid eelist konkreetsele pakkujale ning hankijal on võimalik nende alusel objektiivselt põhjendada edukaima pakkujaga hankelepingu sõlmimist. Magistritöö autori hinnangul on need kriteeriumid ka selged ja täpsed. Neis on kirjeldatud kõik asjaolud, mida hankija kriteeriumide rakendamisel arvesse võtab ning pakkujad kui vastavas valdkonnas pädevad isikud peaksid saama neist aru ühtemoodi. Põhjusel, et need kriteeriumid on selged, täpsed ning ühtmoodi tõlgendatavad ja rakendatavad, on need kooskõlas ka läbipaistvuse põhimõttega.

Lisaks eelnevale on kõik eeltoodud kriteeriumid seotud tarkvara hankelepingu majandusliku aspektiga, kuna tarkvara kui hankelepingu eseme hind sõltub reeglina loovutatavate õiguste või õiguste kasutamiseks antava loa sisust ja ulatusest.<sup>189</sup> Seejuures sõltuvad kasutusõiguste sisust ja ulatusest hankija edasised võimalused hangitud tarkvara arendada, muuta, täiendada ja levitada, näiteks teistele avaliku sektori asutustele. Ulatuslikumad kasutusõigused tähendavad selles osas väiksemaid kasutusõiguse omandamisele järgnevaid kulusid. Seega võimaldavad eeltoodud kriteeriumid hinnata pakkumusi nende majanduslikust soodsusest

---

<sup>183</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 25-26; Guidelines FOSS. Arvutivõrgus: <http://www.osepa.eu/pdeliverables/index.php> (22.08.2012), lk 34; R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 71-72.

<sup>184</sup> Guidelines FOSS, lk 34.

<sup>185</sup> A. Offerman. Public Open Source Software Procurement Models: The Next Generation, 5 April 2012. Arvutivõrgus: <http://joinup.ec.europa.eu/elibrary/case/public-open-source-software-procurement-models-next-generation> (25.08.2012).

<sup>186</sup> Guidelines FOSS, lk 34.

<sup>187</sup> Guidelines FOSS, lk 34.

<sup>188</sup> A. Offerman. Public Open Source Software Procurement Models.

<sup>189</sup> M. Rosentau. Riigi ja kohaliku omavalitsuse, lk 17.

lähtuvalt. Eeltoodud põhjustel nõustub magistritöö autor seisukohaga, et vaba tarkvara kasutamise tingimused on võimalik sõnastada pakkumuste hindamise kriteeriumidena ning seda nii valmistarkvara kui ka loodava tarkvara alusplatvormi suhtes.

Lisaks pakkumuste hindamise kriteeriumidele peab hankija tulenevalt RHS § 31 lg 4 teisest lausest nimetama pakkumuste majandusliku soodsuse hindamise seisukohast objektiivselt põhjendatud suhtelise osakaalu, mille ta igale nimetatud kriteeriumile omistab ning mida ta RHS § 50 lg 2 kohaselt arvestab pakkumuste hindamisel. Kirjanduses on leitud, et see, kui suure osakaalu hankija vaba tarkvara tunnustele kui pakkumuste hindamise kriteeriumidele omistab, on iga riigihanke puhul hankija enda otsustada.<sup>190</sup> Magistritöö autor nõustub sellega, et pakkumuste hindamise kriteeriumide osakaalud on hankija enda määrata. Samas leiab magistritöö autor, et hankija peaks seejuures arvesse võtma ka riigihanke korraldamise üldpõhimõtteid ning tulenevalt RHS § 31 lg 4 teisest lausest suutma määratud osakaale majandusliku soodsuse hindamise seisukohast objektiivselt põhjendada. Seega ei ole hankija ka nn vaba tarkvara pakkumuste hindamise kriteeriumidele omistatavate osakaalude määramisel täiesti vaba.

Seoses tarkvaraalastes riigihangetes pakkumuste hindamise kriteeriumidele osakaalude omistamisega on „Tarkvara raamistikus” soovitatud, et hinna osatähtsus pakkumuste hindamise kriteeriumide võiks olla vahemikus 40-75%.<sup>191</sup> Kõigi muude kriteeriumide, sealhulgas nn vaba tarkvara kriteeriumide osatähtsus jääb seega vahemikku 25-60%. Soovitatud osakaalu puhul pole küll tegemist õigusaktidest tuleneva nõudega, kuid sellegipoolest võiks magistritöö autori arvates seda nn vaba tarkvara pakkumuste hindamise kriteeriumide osakaalude määramisel arvesse võtta.

Kokkuvõtvalt on vabale tarkvarale viitamine pakkumuste hindamise kriteeriumides võimalik kaudselt, vaba tarkvara kasutamise tingimuste väljatoomisega vaba tarkvara ennast nimetamata. Pakkumuste hindamise kriteeriumidele osakaalu omistamisel tuleb seejuures arvestada riigihanke üldpõhimõtetega ning sellega, et määratud osakaale oleks võimalik objektiivselt põhjendada. Vaba tarkvara otsene nimetamine ühe pakkumuste hindamise kriteeriumina seevastu ei ole kooskõlas riigihangete seadusega, kuna see ei võimalda pakkumuste objektiivset hindamist ning on vastuolus läbipaistvuse põhimõttega.

---

<sup>190</sup> The acquisition of (open-source) software, lk 73-74.

<sup>191</sup> Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 12.

### 2.3.1.3. Hankelepingu tingimused

Hankedokumentides peavad RHS § 31 lg 2 p 3 järgi sisalduma kõik tulevase hankelepingu tingimused või hankelepingu projekt, välja arvatud need asjaolud, mille kohta hankija soovib võistlevaid pakkumusi. „Riigihangete juhise” kohaselt võivad viimasteks olla näiteks pakkumuse maksumus, garantiitähtaeg ning hankelepingu eset iseloomustavad näitajad. Neile asjaoludele peavad alati vastama hankija poolt kindlaks määratud pakkumuste hindamise kriteeriumid.<sup>192</sup> Seega esitatakse hankedokumentides kõik tulevase hankelepingu tingimused, välja arvatud asjaolud, mis on nimetatud pakkumuste hindamise kriteeriumides. Eelnevaga seoses tekib küsimus, kas hankija võib sätestada hankedokumentides esitatavates tulevase hankelepingu tingimustes vaba tarkvara kasutamise tingimused, jättes sellisel juhul samasisulised pakkumuste hindamise kriteeriumid nimetamata.

Vaba tarkvara hankimist Euroopa Liidus käsitlevas materjalis on selle koostajad pidanud vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamist tulevase hankelepingu tingimustena lubatavaks.<sup>193</sup> Samal seisukohal on Rootsi õigus-, finants- ja haldusteenuste ameti (Kammarkollegiet) informatsiooni- ja kommunikatsioonitehnoloogia valdkonna hankespetsialist D. Melin, leides, et vaba tarkvara litsentsitingimuste nõudmine on riigihangete direktiiviga kooskõlas.<sup>194</sup> Samas „Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitusete” kohaselt ei saa üldjuhul hankija seada hankedokumentides piiranguid pakutava lahenduse omandivormile ehk sellele, kas tegemist on ärivara, vaba tarkvara või nende integratsiooni lahendusega, kuna see piirab konkurentsi.<sup>195</sup> Seega tõstatatud küsimuse osas puudub ühtne arvamus.

Riigihangete seadusega hankelepingu tingimuste sisule otseselt piiranguid ei ole seatud. Samas, nagu riigihanke korraldamisel, tuleb ka hankedokumentides hankelepingu tingimuste sisustamisel hankijal arvestada riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega.<sup>196</sup> Täpsemalt peab hankija hanke ettevalmistamisel ja hankelepingu sisustamisel hoiduma lepingutingimustest, mis takistavad hanke avamist konkrentsile, rikuvad hanke läbipaistvuse või isikute võrdse kohtlemise nõuet.<sup>197</sup> See, et hankelepingu tingimused peavad olema kooskõlas riigihanke korraldamise üldpõhimõtetega, on kinnitust ka vaidlustuskomisjoni praktikas. Nimelt on

<sup>192</sup> Rahandusministeerium, lk 116-117.

<sup>193</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 71, 74.

<sup>194</sup> A. Offerman. Public Open Source Software Procurement Models.

<sup>195</sup> A. Tanila jt, lk 13.

<sup>196</sup> M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes, 70.

<sup>197</sup> M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica 2012/II, lk 83.



vaidlustuskomisjon leidnud, et tal on õigus kontrollida hankemenetluses avaldatud lepingutingimuste kui hankedokumentide vastavust riigihangete seadusele, sealhulgas üldpõhimõtetele.<sup>198</sup> Samas on vaidlustuskomisjon toonud välja, et tema pädevuses ei ole kontrollida tulevase hankelepingu tingimuste otstarbekust ega majanduslikku põhjendatust.<sup>199</sup>

Kui hankija sätestab tulevase hankelepingu tingimustena vabale tarkvarale omased kasutamise tingimused või koguni viitab konkreetsele vaba tarkvara üldlitsentsile, siis sellega ta välistab valmistarkvara hankimisel kõik ärivara pakkumised. Kui sarnased tingimused sätestatakse loodava tarkvara alusplatvormi suhtes, välistatakse kõik ärivaral põhinevad tarkvaralahendused, olenemata nende kasutusomadustest ja funktsionaalsustest. Tekib küsimus, kas niisugustel juhtudel on tulevase hankelepingu tingimused vastuolus riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega või on tegemist hankija poolt lähtuvalt oma vajadustest ja otstarbekusest tehtud otsusega, mis riigihangete üldpõhimõtetega vastuolus ei ole.

Olulisemad üldpõhimõtted, millest hankelepingu sisustamisel peab lähtuma, on konkurentsi tagamise põhimõte, läbipaistvuse ning isikute võrdse kohtlemise põhimõte.<sup>200</sup> Mis puudutab riigihanke läbipaistvuse nõuet, siis, nagu eespool mainitud, tähendab see Euroopa Kohtu praktika kohaselt, et hankemenetluses esitatud tingimused peavad olema selged, täpsed ja ühemõttelised.<sup>201</sup> Samuti peavad need olema avaldatud kõigile pakkujatele.<sup>202</sup> Tarkvara kasutamise tingimused saab tulevase hankelepingu tingimustes sõnastada selgelt ja kõigile ühtemoodi arusaadavalt. Seejuures ei mõjuta tingimuste selgust ja täpsust see, kas need tingimused on iseloomulikud vabale tarkvarale või ärivarale. Samuti on juhul, kui hankelepingu tingimustes on tehtud üksnes viide mõnele vaba tarkvara üldlitsentsile, kõigile pakkujatele arusaadav, millise litsentsi tingimused kohalduvad, ning soovi korral on võimalik konkreetsete tingimustega tutvuda, kuna need on internetist kõigile kättesaadavad. Seega hankedokumentides tulevase hankelepingu tingimustena vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamine või viitamine vaba tarkvara üldlitsentsile läbipaistvuse põhimõtet ei riku.

Isikute võrdse kohtlemise põhimõtte sisustamisel on Euroopa Kohus toonud välja, et kõigile pakkujatele peavad pakkumuse koostamisel olema tagatud võrdsed võimalused, mis tähendab,

<sup>198</sup> VAKOo 21.10.2011, 199-11/127796, p 7 ja VAKOo 13.12.2011, 235-11/128888, p 6.

<sup>199</sup> VAKOo 21.10.2011, 199-11/127796, p 7 ja VAKOo 13.12.2011, 235-11/128888, p 6.

<sup>200</sup> M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud, lk 83.

<sup>201</sup> Kohtuasi *Frutta*, p 111

<sup>202</sup> EÜKo 20.11.2011, T-461/08, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Investeerimispank (EIP)*, p 125; EKo 12.03.2008, T-345/03, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*, p-d 144-145; kohtuasi *Parking Brixen*, p 49.

et kõigi pakkujate esitatud pakkumustele peavad kehtima samad tingimused.<sup>203</sup> Kui hankedokumentides on sätestatud tulevase hankelepingu tingimustena vaba tarkvara kasutamise tingimused, siis kehtivad need tingimused kõigile ühtemoodi. Seega võrdse kohtlemise põhimõtet niisuguste tingimuste sätestamisega samuti ei rikuta.

Tekib aga küsimus, kas selliste tingimustega piiratakse mõne potentsiaalse pakkuja osalemist hankemenetluses ning ei järgita seetõttu ka RHS § 3 p-st 4 tulenevat olemasoleva konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõtet. Seoses riigihanke avamisega konkurentstile, on Euroopa Kohus leidnud, et „ühtse siseturu ja tõhusa konkurentsi kontekstis on ühenduse õiguse huvides, et oleks tagatud võimalikult paljude pakkujate osavõtt hankemenetlusest”.<sup>204</sup> Samas on vaidlustuskomisjon leidnud, et riigihangete seadus „ei kohusta hankija hanketingimuste kaudu konkurentsi looma ega muutma hanketingimusi [...] eesmärgiga suurendada isikute hulka, kellel on võimalik hankemenetluses osaleda”.<sup>205</sup> Magistritöö autor nõustub mõlema eeltoodud seisukohaga ning leiab, et hankija ei tohi küll piirata konkurentsi, ent ta ei pea ka kunstlikult seadma hanketingimusi selliselt, et hankemenetluses saaks osaleda võimalikult palju isikuid.

Kui hankija toob tulevase hankelepingu tingimustena välja vaba tarkvara kasutamise tingimused valmistarkvara hankimisel, siis teoreetiliselt on kõigil pakkujatel võimalik nende tingimustega nõustuda. Samas tuleb valmistarkvara hankimisel arvestada sellega, et valmistarkvara on reeglina seotud kindlate litsentsitingimustega, mis ei ole tavaliselt enam muudetavad.<sup>206</sup> See tähendab, et üldjuhul sõlmitakse valmistarkvara litsentsilepingud tarkvara looja poolt välja töötatud VÕS § 35 lg 1 tähenduses tüüptingimustel. Seetõttu välistatakse vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamisega tulevastes hankelepingu tingimustes pakkumused, mis kasutusomaduste, funktsionaalsuste ja tehniliste omaduste poolest võivad esitatud nõuetele vastata, kuid mida ei levitata vaba tarkvara litsentsi alusel. Juhul kui tulevase hankelepingu tingimustes viidatakse konkreetsele vaba tarkvara üldlitsentsile, välistatakse peale ärivara pakkumuste ka kõigi ülejäänud vaba tarkvara litsentside alusel levitatavad vaba tarkvara lahendused. Seega valmistarkvara hankimisel vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamisega tulevase hankelepingu tingimustena või osutamisega konkreetsele vaba tarkvara üldlitsentsile piiratakse konkurentsi.

<sup>203</sup> Kohtuasi *Tilematikis vs. EIP*, p 125.

<sup>204</sup> EKO 19.05.2009, C-538/07, *Assitur Srl vs. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, p 26.

<sup>205</sup> VAKOo 10.02.2012, 14-12/128888, p 13.4.

<sup>206</sup> Eesti Äritarkvara Liit. Litsentsitingimused. Arvutivõrgus:  
<http://www.tarkvaraliit.ee/et/Arvutikasutajale/Litsentsitingimused> (20.09.2012).

Konkurentsi tagamise kõrval tuleb kindlasti arvestada aga ka hankija vajadustega. Hankemenetluse tulemusena peaks hankija saama siiski asja või teenuse, mis vastab tema vajadustele. Sellel põhjusel on magistritöö autor seisukohal, et tulevase hankelepingu tingimuste sisustamise osas tuleks lähtuda samadest põhimõtetest, mis kehtivad tehnilise kirjelduse suhtes. Nimelt tulenevalt RHS § 33 lg-st 8 ei tohi tehniline kirjeldus tekitada riigihangete avamisel konkurentsile objektiivselt põhjendamatuid takistusi. Seejuures, kui hankijal on põhjendatud vajadus saada teatud kindlatele tingimustele vastav toode või teenus, võib hankija vastavad tingimuse ette näha isegi juhul, kui sellist kaupa või teenust suudab pakkuda vaid üks ettevõtja.<sup>207</sup> Magistritöö autor leiab, et tulevase hankelepingu tingimuste suhtes tuleks lähtuda samuti nn objektiivse põhjendatuse nõudest. See tähendab, et kui hankijal on objektiivselt põhjendatud vajadus just vaba tarkvara järele, on vaba tarkvara kasutamise tingimused tulevase hankelepingu tingimustena lubatud. Lisaks peaks aga objektiivselt olema põhjendatud ka see, miks hankija sätestab vastavad tingimused just tulevase hankelepingu tingimustena, aga mitte pakkumuste hindamise kriteeriumidena. Arvestades asjaolu, et tarkvara kasutamise tingimuste pakkumuste hindamise kriteeriumidena seadmise korral on tagatud konkurents ning samal ajal arvesse võetud ka hankija vajadused, tuleb vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamine tulevase hankelepingu tingimustena kõne alla siiski vaid erandjuhtudel.

Mis puudutab vabal tarkvaral põhineva loodava tarkvara hankimist, ei ole tarkvaraarendajad üldjuhul seotud konkreetse tarkvaraga. See tähendab, et arendajal on võimalik luua tarkvara erinevatel alusplatvormidel. Kui hankija nõuaks üksnes ärivaral loodavat lahendust, piiraks see potentsiaalsete pakkujate osalemist hankemenetluses, kuna ärivara on tasuline ja kõigil arendajatel ei pruugi seetõttu olla võimalust selle alusplatvormina kasutamiseks. Samuti ei pruugi kõik arendajad saada ärivara arendamiseks ärivara loojalt vastavaid õigusi. Samas vaba tarkvara on võimalik arendada selleks eraldi vastavat luba küsimata ning suur osa vabast tarkvarast on kättesaadav tasuta. Seetõttu alustarkvara suhtes vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamine tulevase hankelepingu tingimustena või hankelepingu tingimustes tasuta vaba tarkvara üldlitsentsile viitamine otseselt konkurentsi ei piira.

Sõltuvalt vaba tarkvara arendamise oskuste, teadmise või kogemuse puudumist võivad aga teatud arendajad loobuda pakkumuse tegemisest või hankemenetluse osalemise taotluse esitamisest. Järelikult kaudselt siiski niisuguste tingimuste sätestamisega konkurentsi

---

<sup>207</sup> T. Ojasalu, lk 569.

piiratakse. Seetõttu leiab magistritöö autor, et vabal tarkvaral põhineva loodava tarkvara hankimise korral peavad vastavad tulevase hankelepingu tingimused või viited konkreetsele vaba tarkvara üldlitsentsile ja selliste tingimuste pakkumuste hindamise kriteeriumidena sätestamata jätmine olema samuti põhjendatud. Siiski sõltuvalt sellest, et loodava tarkvara alusplatvormi osas niisuguste tingimuste seadmine piirab konkurentsi üksnes kaudselt, ei ole see põhjendamiskohustus nii range kui valmistarkvara hankimise puhul.

Eelnevast tulenevalt võib tulevase hankelepingu tingimustes vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamine või viitamine konkreetsele vaba tarkvara üldlitsentsile sõltuvalt hankija tegelikest vajadustest olla vastuolus riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega. Sellega seoses tekib küsimus, mis on niisuguse vastuolu tagajärg.

RHS § 126 lg 1 p 5 järgi on vaidlustuskomisjoni pädevuses kohustada hankijat viima hanke alusdokumendid vastavusse õigusaktidega ettenähtud nõuetele. Nimetatud alusdokumentide hulka kuuluvad ka hankedokumentide hulgas avaldatud hankelepingu tingimused.<sup>208</sup> Seega juhul, kui tulevase hankelepingu tingimused vaidlustatakse enne hankelepingu sõlmimist, võib vaidlustuskomisjon nõuda vaidlustatud tingimuste õigusaktidega kooskõlla viimist.

Tulenevalt RHS § 121 lg-st 1 ei ole hankelepingu tingimuste vaidlustamine pärast hankelepingu sõlmimist aga enam võimalik. Sellisel juhul saab nõuda RHS § 69 lg-des 1 ja 1<sup>1</sup> sätestatud alustel hankelepingu tühisuse tuvastamist. Viidatud aluste hulka aga hankelepingu tingimuste vastuolu riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega ei kuulu. Siiski on Riigikohus leidnud, et juhul, kui on rikutud oluliselt Euroopa Liidu toimimise lepingu<sup>209</sup> (edaspidi ELTL) artikleid 49 ja 56 ning nendel põhinevat RHS §-i 3 ning RHS § 69 lg-de 1 ega 1<sup>1</sup> alusel ei ole võimalik sellise lepingu tühisust tuvastada, tuleb kohtul kaaluda, kas jätta RHS § 4 lg 2, mille kohaselt riigihangete seaduses sätestatud nõuete järgimata jätmine ei mõjuta hankelepingu kehtivust, kui riigihangete seaduses ei ole sätestatud teisiti, kohaldamata ning rakendada TsÜS §-i 87.<sup>210</sup> Viimase järgi on seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing on tühine, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus. Seega ei ole Riigikohtu praktikast tulenevalt hankelepingu tühisuse tuvastamise alused piiritletud üksnes RHS § 69 lg-dega 1 ja 1<sup>1</sup>, vaid tühisuse võib tuvastada ka juhul, kui on oluliselt rikutud

<sup>208</sup> M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest, lk 88.

<sup>209</sup> Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 83, 30.03.2010, lk 47-200.

<sup>210</sup> RKHKo 3-3-1-39-12 p 24.

Euroopa Liidu toimimise lepingust tulenevaid asutamisvabaduse ja teenuste vaba liikumise põhimõtteid (ELTL art-id 49 ja 56).

Juhul kui tulevase hankelepingu tingimustega on piiratud konkurentsi selliselt, et välistatud on teatud kasutamise õigustega tarkvara, ei ole piiratud otseselt erinevatest liikmesriikidest pärit pakkujate, vaid kindlate toodete pakkujate hankemenetluses osalemist. Järelikult ei ole niisugusel juhul tegemist ELTL art-ide 49 ja 56 olulise rikkumisega. Seetõttu on magistritöö autor seisukohal, et niisuguste hankelepingu tingimuste korral ei kohtul kohustust kaaluda RHS § 4 lg 2 kohaldamata jätmist ja TsÜS § 87 kohaldamist ning järelikult sellised hankelepingu tingimused hankelepingu tingimused tühisuse aluseks olla ei saa.

Eelnevast analüüsist tuleneb, et kui hankijal on vajadus just vaba tarkvara või vabal tarkvaral põhineva lahenduse järele, on võimalik ja tuleks eelkõige vastavalt sõnastada pakkumuste hindamise kriteeriumid. See tähendab pakkumuste hindamise kriteeriumidena tuleks sätestada vaba tarkvara kasutamise tingimused. Olenevalt olukorrast ja hanke esemest saab need seada kas tarkvarale tervikuna või üksnes alusplatvormile. Seejuures saab kriteeriumidele määrata sobiva osakaalu, mis peab olema siiski objektiivselt põhjendatud. Lisaks on võimalik vaba tarkvara kasutamise tingimused sätestada tulevase hankelepingu tingimustena. Seda aga vaid juhul, kui vaba tarkvara kasutamise tingimused ise ning lisaks nende sätestamata jätmine objektiivsete hindamise kriteeriumidena on hankija poolt objektiivselt põhjendatud.

## 2.3.2. Hankemenetluse liigi valik

### 2.3.2.1. Vaba tarkvara

Avalikus sektoris tarkvara hankimist käsitlevatest materjalidest tuleneb, et tarkvara hankimisel peaks ärivara kõrval arvestama ka vaba tarkvara lahendustega.<sup>211</sup> Seda põhjusel, et ärivara ja vaba tarkvara lahenduste võrdlemine ja hindamine võimaldab saada turult parima lahenduse.<sup>212</sup> Vaba tarkvara ja vaba tarkvara baasil loodavate tarkvaralahendustega arvestamiseks riigihankemenetluses esineb aga takistusi. Nimelt ei pruugi vaba tarkvara kohta keegi pakkumust esitada, kuna vaba tarkvara levitajad vaba tarkvara kasutusõiguste andmisega tulu ei teeni. Kui aga vaba tarkvara pakkumusi ei esitata, ei ole hankijal võimalik valiku tegemisel vaba tarkvara lahendusi arvesse võtta. Üheks väljakutseks tarkvaraalas

---

<sup>211</sup> Näiteks: A. Tanila jt, lk 13.

<sup>212</sup> Guidelines FOSS, lk 40.

riigihangetes ongi see, kuidas tagada hankemenetluses kohane pakkumuste esindatus, s.t et oleks esindatud nii ärivara kui ka vaba tarkvara lahendused.<sup>213</sup> Magistritöö autori arvates võib üheks lahenduseks olla sobiva hankemenetluse liigi valimine või sobiva puudumisel selle loomine riigihangete seadust täiendades. Sellega seoses tõusetub küsimus, kas kehtivas riigihangete seaduses sätestatud hankemenetluse liikide seas leidub selliseid, mis võimaldavad ärivara pakkumuste kõrval arvestada ka vaba tarkvara pakkumustega ning seeläbi hankida võrdselt nii vaba tarkvara kui ärivara.

Riigihangete seaduses on sätestatud viis hankemenetluse liiki: avatud hankemenetlus, piiratud hankemenetlus, võistlev dialoog, väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlus ja väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlus (RHS §-d 25-28.). Lisaks võib RHS § 9 lg 2 kohaselt hankija korraldada ideekonkursi eesmärgiga sõlmida ideekonkursi võitjaga teenuste hankeleping või üksnes eesmärgiga leida sobiv ideelahendus. Riigihangete seaduse seletuskirjas on täpsustatud, et ideekonkursi tulemusena asjade hankelepingu sõlmimine võimalik ei ole.<sup>214</sup> Seega tarkvaraalastes riigihangetes on võimalik ideekonkurssi kasutada loodava tarkvara, mitte aga valmistarkvara hankimiseks.

Nagu selgus magistritöös eespool, on riigihangete seadust rangelt järgides tarkvara varaliste õiguste hankijale loovutamine või andmine võimalik üksnes ideekonkursi korras. Siiski, järgides vaidlustuskomisjoni praktikat, saab nende õiguste omandamiseks kasutada ka muid menetlusi.<sup>215</sup> Seetõttu võtab magistritöö autor edasises analüüsis arvesse kõik riigihangete seaduses sätestatud hankemenetluse liigid.

Avaliku sektori asutus on RHS § 25 lg 3 järgi kohustatud korraldama hankemenetluse reeglina avatud või piiratud hankemenetlusena. RHS § 25 lg 1 kohaselt võib avatud hankemenetluse korral pakkumuse esitada iga huvitatud isik, kes vastab RHS § 12 lg-s 3 sätestatud tunnustele ja võimalikele sama lõike alusel kehtestatud piirangutele. Piiratud hankemenetlus on RHS § 25 lg 2 kohaselt hankemenetlus, mille korral võib iga huvitatud isik esitada hankemenetluses osalemise taotluse, kuid pakkumuse saavad esitada üksnes need hankija poolt objektiivsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumide alusel valitud taotlejad, kellele hankija teeb pakkumuse esitamise ettepaneku. Seega avatud ja piiratud

---

<sup>213</sup> A. Offerman. Lists of open source alternatives to proprietary software packages, 13 December 2012. Arvutivõrgus: <https://joinup.ec.europa.eu/software/studies/lists-open-source-alternatives-proprietary-software-packages> (05.01.2013).

<sup>214</sup> A. Lauren, lk 144.

<sup>215</sup> Käesoleva magistritöö alapeatükk 2.2.2.2., lk 27-28.

hankemenetluse puhul peab hankija tegema valiku talle esitatud pakkumuste või hankemenetluses osalemise taotluste vahel.

Vaba tarkvara ärimudelist tulenevalt aga tõenäoliselt vaba tarkvara kohta pakkumust või hankemenetluses osalemise taotlust ei esitata, mistõttu pole võimalik reaalselt vaba tarkvara ja ärivara vahel valida. Seejuures pole nii avatud kui piiratud hankemenetluse korral vastavalt RHS § 58 lg-le 3 ja § 61 lg-le 2 võimalik pidada tarkvara kasutamise tingimuste üle ka läbirääkimisi. Järelikult, isegi kui pakkumuste hindamise kriteeriumid on koostatud selliselt, et vabale tarkvarale omaseid kasutamise tingimusi valiku tegemisel arvestatakse, ei pruugi need kriteeriumid pakkumuste hindamisel omada tähtsust. Seega pole vaba tarkvara ja ärivara pakkumuste vahel valikuvõimaluse tagamiseks avatud ega piiratud hankemenetlus sobiv.

Lisaks avatud ja piiratud hankemenetlusele tuleb ka võistleva dialoogi ja väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse korral pakkujal endal olla hankemenetluses osalemiseks aktiivne. Nimelt tuleb ka nendes menetlustes RHS § 26 lg 1 ja § 27 lg 1 kohaselt huvitatud isikul esitada hankemenetluses osalemise taotlus ning hankija valib seejärel taotluse esitanute vahel välja isikud, kellele ta teeb pakkumuse esitamise ettepaneku. Siiski, võistleva dialoogi ja väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse puhul on hankijal erinevalt avatud ja piiratud hankemenetlusest võimalik pidada hankelepingu tingimuste üle läbirääkimisi (RHS § 26 lg 1, § 63 lg 7 ja § 27 lg 1). Seega teoreetiliselt on hankijal võimalus läbi rääkida tarkvara kasutamise tingimuste osas. Samas on valmistarkvara reeglina seotud kindlate litsentsitingimustega, mis pole enam muudetavad.<sup>216</sup> Seetõttu läbirääkimiste pidamise võimalus ikkagi ei taga hankemenetluses valikut vaba tarkvara ja ärivara lahenduste vahel. Järelikult valmistarkvara hankimisel võistleva dialoogi või väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse kasutamine võrdselt vaba tarkvara ja ärivara lahendustega arvestamiseks sobivad ei ole.

Lisaks eeltoodud hankemenetlustele on hankijal võimalik teatud juhtudel kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust. Nimetatud hankemenetluse puhul peab RHS § 28 lg 1 kohaselt hankija hankelepingu tingimuste üle läbirääkimisi omal valikul ühe või mitme huvitatud isikuga, olles eelnevalt esitanud neile hankedokumendid. Seega saab hankija ise, valides isikud, kes pakuvad nii vaba tarkvara kui ka ärivara lahendusi, kindlustada selle, et hankemenetluses oleks esindatud nii vaba tarkvara kui ärivara

---

<sup>216</sup> Eesti Äritarkvara Liit. Litsentsitingimused.

pakkumised. Tulenevalt sellest on väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlus ärivara kõrval vaba tarkvara lahendustega arvestamiseks sobivaim.

Kui hankija on väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse läbiviimiseks välja valinud isikud, kellele ta esitab hankedokumentid, peab ta tulenevalt RHS § 68 lg-st 2 jätku lisamata hankedokumentides nõutavast teabest selle, mis väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse olemusest tulenevalt ei ole hankedokumentide esitamise hetkel määratletavad või mille üle hankemenetluse käigus läbi räägitakse. Seega läbirääkimisi saab pidada üksnes nende tingimuste üle, mida ei ole hankedokumentidesse lisatud.<sup>217</sup> Seejuures tuleb „Riigihangete juhise“ kohaselt silmas pidada, et läbi ei saa rääkida pakkumuste hindamise kriteeriumide üle, kuna need peavad olema hankemenetluses osalejatele algusest peale teada ning nende muutmine ei oleks kooskõlas võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõttega.<sup>218</sup> Eelnevast tuleneb, et kui hankija soovib läbi rääkida tarkvara kasutamise tingimuste üle, ei saa ta neid välja tuua hankedokumentides, sealhulgas pakkumuste hindamise kriteeriumides. Järelikult peab hankija väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse korral valima, kas ta kirjutab vaba tarkvara kasutamise tingimused pakkumuste hindamise kriteeriumidesse või peab ta nende tingimuste üle läbirääkimisi, mille korral ta neid hankedokumentides välja tuua ei saa.

Väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetlus on seega sobiv võrdselt vaba tarkvara ja ärivara hankimiseks. Samas võib kõnealust menetlust kasutada üksnes RHS §-s 28 sätestatud erandjuhtudel. Seejuures põhjusel, et kõnealune hankemenetlus on kõige vähem läbipaistev, mistõttu on oht riigihanke korraldamise üldpõhimõtete rikkumisele, tuleb selle kasutamise aluseid tõlgendada kitsendavalt ning hankijal on kõnealuse hankemenetluse valikul oluline põhjendamiskohustus.<sup>219</sup> Seega on väljakuulutamisetä läbirääkimistega menetluse puhul tegemist väga erandliku menetlusega.

Mis puudutab väljakuulutamisetä läbirääkimistega hankemenetluse kasutamist valmistarkvara hankimiseks, siis RHS § 28 lg 2, 4 ja 7 kohaselt on selle kasutamine lubatud vaid üksikute juhtudel, mis seejuures tarkvarast kui hanke objektist otseselt ei sõltu. Kõnealuse hankemenetluse kasutamise alustest võib teiste alustega võrreldes enam esineda

---

<sup>217</sup> K. Look. Läbirääkimistega hankemenetluste rakendamise alused. Arvutivõrgus: [https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf) (01.12.2012), lk 14.

<sup>218</sup> Rahandusministeerium, lk 119.

<sup>219</sup> Rahandusministeerium, lk 95; K. Look, lk 3, 14.



RHS § 28 lg 2 p-s 1 sätestatu. Nimelt on selle kohaselt hankijal õigus korraldada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus, kui avatud või piiratud hankemenetluse käigus ei esitatud ühtegi pakkumust ega hankemenetluses osalemise taotlust või kõik esitatud pakkumused olid olemuselt erinevad hankedokumentides sätestatud hankelepingu eseme tehnilisest kirjeldusest ja riigihanke esialgseid tingimusi olemuslikult ei muudeta. Samas, kui hankemenetluse käigus juba kas või üks taotlus või hankedokumentides sätestatud tingimustele vastav pakkumus esitatakse, ei ole väljakuulutamiseta läbirääkimistega menetluse kasutamine eeltoodud alusel võimalik. Seega on valmistarkvara hankimiseks võimalik kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust üksnes erandlikel juhtudel.

Eelnevast tuleneb, et vaba tarkvara olemust arvestades on hankemenetluses ärivara lahenduste kõrval vaba tarkvara lahenduste pakkumustega arvestamiseks sobivaim hankemenetluse liik väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus. Nimetatud hankemenetlus on aga väga erandlik. Seega on hankemenetluses nii vaba tarkvara kui ka ärivara lahenduste esindatust tagav menetlus olemas, kuid selle kasutamise võimalused on piiratud.

#### 2.3.2.2. Vaba tarkvara alusel loodav tarkvaralahendus

Käesolevas peatükis analüüsitakse, milline hankemenetluse liik sobib loodava tarkvara hankimiseks selliselt, et hankijal oleks riigihankemenetluses võimalik valida nii vaba tarkvara kui ärivara baasil loodavate lahenduste vahel. Magistritöö autor analüüsib hankemenetluse liikide valikut küll vabal tarkvaral põhineva tarkvara hankimisest lähtuvalt, kuid mitmed allpool tehtud järeldustest kehtivad ka üldisemalt tarkvara hankimise suhtes.

Nagu eespool mainitud, saab avatud ja piiratud hankemenetluse puhul hankija teatud hulga pakkumusi või hankemenetluses osalemise taotlusi, mille vahel ta peab valiku tegema. Loodava tarkvara pakkumuste hulgas ei pruugi aga olla tarkvara lahendust, mis põhineks vabal tarkvaral, ning alustarkvara kasutamise tingimuste üle pole võimalik nendes menetlustes ka läbi rääkida. Seetõttu, sarnaselt valmistarkvara hankimisega, pole ka loodava tarkvara hankimisel avatud ega piiratud hankemenetlus sobiv selleks, et tagada valikuvõimalus vabal tarkvaral või ärivaral põhinevate lahenduste vahel.

Võistleva dialoogi puhul võib vastavalt RHS § 26 lg-le 1 iga huvitatud isik esitada hankemenetluses osalemise taotluse. Taotluse esitanute seast valib hankija välja isikud,

kellega ta peab läbirääkimisi ning kellele ta teeb pakkumuse esitamise ettepaneku. Tulenevalt RHS § 63 lg-st 7 võib võistlevas dialoogis läbirääkimiste käigus käsitleda kõiki tulevase hankelepingu tingimusi, seega ka tarkvara alusplatvormi kasutamise tingimusi. Seejuures, kuna tarkvaraarendajad pole üldjuhul seotud kindla tarkvaraga, on arendajal valikuvõimalus erinevate alustarkvarade ja järelikut ka nende erinevate kasutustingimuste osas. Alustarkvara kasutamise tingimuste üle läbirääkimiste pidamine ei tähenda küll automaatselt valikuvõimalust ärivaral ja vabal tarkvaral põhinevate lahenduste vahel, kuna see sõltub sellest, mida on hankemenetluses osalejad valmis pakkuma. Siiski on võimalus, et läbirääkimiste tulemusena on hankijal võimalik valida nii ärivaral kui ka vabal tarkvara põhinevate lahenduste vahel. Järelikult võistlev dialoog on hankemenetluses vabal tarkvaral ja ärivaral põhinevate lahenduste vahel valikuvõimaluse tagamiseks sobiv hankemenetluse liik.

Samas on võistlevas dialoogis läbiräägitavatele asjaoludele seatud teatavad piirangud. Nimelt on selgitatud „Riigihangete juhises”, et läbirääkimisi ei saa pidada pakkumuste hindamise kriteeriumide üle, kuna viimased peavad olema kõikidele hankemenetluses osalejatele algusest peale teada ja nende muutmine ei oleks kooskõlas võrdse ja mittediskrimineeriva kohtlemise põhimõttega.<sup>220</sup> Sellest tuleneb, et hankija saab alustarkvara kasutamise tingimuste üle läbi rääkida, kuid ta ei saa samal ajal vastavaid tingimusi tuua välja pakkumuste hindamise kriteeriumidena. Hankija peab seega tegema valiku, kas ta räägib alustarkvara kasutamise tingimuste osas läbi või võtab konkreetsed kasutamise tingimused arvesse pakkumuste hindamisel. Viimasel juhul ei ole siiski tagatud vabal tarkvaral põhinevate lahenduste pakkumine. Järelikult selleks, et hankija saaks teha omalt poolt kõik võimaliku tagamaks valikuvõimaluse vabal tarkvaral ja ärivaral põhinevate lahenduste vahel, peab ta pidama alustarkvara kasutamise tingimuste üle läbirääkimisi, jättes vaba tarkvara kasutamise tingimused pakkumuste hindamise kriteeriumidena välja toomata.

Tarkvara kasutamise tingimuste üle läbirääkimine ja sellega seoses nende tingimuste pakkumuste hindamise kriteeriumidena sätestamata jätmine ei ole „Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitusete” kohaselt aga kooskõlas riiklikust poliitikast tulenevate nõuetega. Nimelt on „Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitusetes” toodud välja, et lähtuvalt riiklikust poliitikast, mille järgi hangitav tarkvara peab ilma ebamõistlikult suurte kulutusteta olema kasutatav ka teistes avaliku sektori asutustes, tuleb hankedokumentides

---

<sup>220</sup> Rahandusministeerium, lk 119

sätestada vaba tarkvara kasutamise tingimused kas hindamis- või kvalifitseerimise tingimustena.<sup>221</sup> Täpsemalt peavad olema sätestatud järgmised tingimused:

- a) „tarkvara omandiõigused peavad kas täielikult või jagatuna minema üle avaliku sektori tellijale,
- b) avaliku sektori tellijal ei ole tarkvara kasutamisel, muutmisel ega levitamisel mingeid piiranguid,
- c) avaliku sektori tellijal on õigus uurida tarkvara lähtekoodi.”<sup>222</sup>

Magistritöö autor leiab, et vaba tarkvara kasutamise tingimuste sätestamine pakkumuste hindamise kriteeriumidena või kvalifitseerimise tingimustena ei ole siiski ainus võimalus eeltoodud riikliku poliitika järgimiseks. Sama eesmärgini võib jõuda ka hankemenetluses osalejatega tarkvara kasutamise tingimuste üle läbirääkimisi pidades. Veelgi enam, läbirääkimised võivad seda eesmärki paremini täita, kuna annavad hankijale võimaluse enne pakkumuste esitamist nende sisu osas kaasa rääkida, samas kui pakkumuste hindamise kriteeriumid võimaldavad üksnes hinnata juba esitatud pakkumusi. Seega tagab ka alustarkvara kasutamise tingimuste üle läbirääkimine nende tingimuste pakkumuste hindamise kriteeriumidena väljatoomise asemel tarkvara hankimise osas kujundatud riikliku poliitika järgimise, olles samaaegselt nii riigihangete seadusest tulenev kui riiklikku poliitikat arvestav võimalus vaba tarkvara baasil loodava tarkvaraga hankemenetluses arvestamiseks.

Lisaks on magistritöö seisukohal, et vaba tarkvara kasutamise tingimusi ei saa hankedokumentides sätestada kvalifitseerimise tingimustena. Nimelt RHS § 39 lg-st 1 tulenevalt on kvalifitseerimise tingimuste eesmärk pakkuja või taotleja majandusliku ja finantsseisundi ning tehnilise ja kutsealase pädevuse hindamine. See tähendab, et kvalifitseerimise tingimused peavad olema seotud pakkuja isikuga. Seda on kinnitanud ka Riigikohus: „Tehnilise kirjelduse koostab hankija selleks, et kirjeldada detailselt pakkujale või taotlejale hankepingut eset, nt selle omadusi, olulisi tunnuseid, tehnoloogiaid, kvaliteedi-, keskkonnakaitse nõudeid. Seevastu pakkuja tehniline ja kutsealane pädevus näitab seda, kas pakkujal on piisav kohasuse aste, täitmaks hankepingut nõuetekohaselt. Seega on tehniline kirjeldus suunatud hankepingut eseme, mitte pakkuja tehnilise ja kutseala pädevuse kirjeldamiseks.”<sup>223</sup> Vaba tarkvara kasutamise tingimused on seotud selgelt tarkvara kui hanke objektiga ning seetõttu leiab magistritöö autor, et neid ei saa kvalifitseerimise tingimustena

---

<sup>221</sup> A. Tanila jt, lk 13.

<sup>222</sup> A. Tanila jt, lk 13.

<sup>223</sup> RKHKo 3-3-1-2-12 p 15.1.; hankepingut esemele ja hankes osalevale isikule esitatavate nõuete eristamise vajadusele on pööranud tähelepanu Riigikohtu halduskolleegium ka otsuse nr 3-3-1-65-11 p-s 26.

sätestada. Küll aga on oluline, et hankija võtaks vaba tarkvara potentsiaalseid pakkujaid arvesse kvalifitseerimise tingimuste seadmisel. Nimelt ei tohiks hankija seada liiga rangeid nõudmisi pakkuja või taotleja majanduslikule ja finantsseisundile, kuna vaba tarkvara pakkujad ei pruugi nendele nõuetele vastata.<sup>224</sup>

Võistleva dialoogi kasutamisel tuleb lisaks läbirääkimiste objektile arvesse võtta seda, et RHS § 26 lg 3 kohaselt saab hankija hankemenetluse liigi valimisel teha otsuse võistleva dialoogi kasuks vabalt üksnes juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära.<sup>225</sup> Kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või suurem kui rahvusvaheline piirmäär, on RHS § 26 lg 2 kohaselt hankijal õigus korraldada hankemenetlus võistleva dialoogina ainult juhul, kui hankija ei ole objektiivselt võimeline kindlaks määrama oma vajadusi rahuldavaid tehnilisi lahendusi või ei suuda objektiivselt piisava täpsusega määratleda hankega seotud õiguslikke või rahalisi asjaolusid ja seetõttu ei ole avatud või piiratud hankemenetluse tulemusena ilma ebamõistlike kulutuste või tehniliste probleemideta võimalik hankelepingut sõlmida. Tõusetub küsimus, kas loodava tarkvara hankimise korral on eeltoodud tingimused võistleva dialoogi kasutamiseks täidetud.

Riigihangete direktiivi art 28 kohaselt võivad hankijad lepinguid sõlmida konkurentidega peetavate dialoogide ehk riigihangete seaduse mõttes võistleva dialoogi alusel direktiivi art-is 29 selgesõnaliselt sätestatud eriolukordades. Riigihangete direktiivi art 29 lg 1 kohaselt on sellisteks eriolukordadeks eriti keeruliste lepingute sõlmimine, kui avatud või piiratud menetlus ei võimalda hankijate arvates lepingut sõlmida. Riigihangete direktiivi väljatöötamisel peeti Euroopa Komisjoni selgituste kohaselt silmas eelkõige selliseid projekte nagu integreeritud transpordi infrastruktuurid, keerulised IT-projektid, haiglad, koolid jne, mille korral rahalist ja õiguslikku ülesehitust ei ole võimalik eelnevalt määratleda.<sup>226</sup> „Riigihangete juhises” on lisaks leitud, et kuigi võistlev dialoog kavandati eelkõige taoliste keerukate projektide tarbeks, võib seda kasutada ka erinevate teenuste tellimiseks juhul, kui hankija ei oska oma vajadusi tehnilise kirjelduse koostamiseks piisava täpsusega kirjeldada.<sup>227</sup> Eelnevast tuleneb, et võistleva dialoogi näol on tegemist erandliku menetlusega teenuste

<sup>224</sup> R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement, lk 76-77.

<sup>225</sup> Sellises võistleva dialoogi kasutamise vabaduses, kui riigihanke eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära, on kirjanduses nähtud vastuolu riigihangete direktiivi põhimõtetega. Vt nt: M. Mugur, C. Ginter. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. – Juridica 2010/IV, lk 243-244.

<sup>226</sup> European Commission. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf) (27.12.2012), lk 3-4.

<sup>227</sup> Rahandusministeerium, lk 87-88.

tellimiseks juhul, kui hankija ei oska temast sõltumatutel asjaoludel koostada piisava täpsusega tehnilist kirjeldust, või eriti keeruliste lepingute sõlmimiseks.

Eeltoodu põhjal leiab magistritöö autor, et hankija poolt võistleva dialoogi kasutamine, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või suurem kui rahvusvaheline piirmäär, sõltub hangitava arenduse ja sõlmitava lepingu keerukusest üldiselt. Loodava tarkvara hankimisel võib hankija jaoks olla lahendamata küsimus, kas tema vajadustele vastab paremini vabal tarkvaral või äriaral põhinev tarkvaralahendus, ent sõlmitav hankeleping ning tarkvaralahendus ise võivad sellest küsimusest hoolimata olla lihtsad. Seega ainuüksi asjaolu, et hankija ei oska või ei suuda otsustada, kas tema vajadustele vastab paremini vabal tarkvaral või äriaral põhinev tarkvaralahendus, ei ole piisav võistleva dialoogi kasutamiseks, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või suurem kui rahvusvaheline piirmäär.

Võistlevat dialoogi on järelikult võimalik kasutada alati riigihangete puhul, mille eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära. Muudel juhtudel tuleb selle kasutamiseks aga hinnata hangitava lahenduse ja sõlmitava hankelepingu keerukust üldiselt. Seega on võistlev dialoog vabal tarkvaral ja äriaral põhinevate lahenduste hankimiseks sobiv, ent juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või suurem kui rahvusvaheline piirmäär, on selle kasutamine võimalik vaid piiratud juhtudel.

Sarnaselt võistleva dialoogiga esitavad RHS § 27 lg 1 järgi ka väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses huvitatud isikud hankemenetluses osalemise taotluse ning hankija valib taotluse esitanute seast välja isikud, kellega ta peab läbirääkimisi. Samuti võib tulenevalt RHS § 66 lg-st 3 väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses peetavate läbirääkimiste käigus käsitleda tulevase hankelepingu tingimusi.<sup>228</sup> RHS § 27 lg 1 kohaselt peab väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses hankija läbirääkimisi aga juba esitatud ning RHS § 67 lg 1 järgi juba ka vastavaks tunnistatud pakkumuste üle. Läbirääkimiste eesmärgiks on seejuures tulenevalt RHS § 27 lg-st 1 ja § 67 lg-st 1 kohandada pakkumusi hanketeates ja hankedokumentides sätestatud nõuetele ning valida välja edukas pakkumus. Arvestades RHS § 47 lg-s 2 sätestatud, mille kohaselt võib vastavaks tunnistada pakkumise, milles ei esine sisulisi kõrvalekaldeid pakkumuse esitatud nõuetele, tekib küsimus, kuidas on võimalik kohandada pakkumusi hanketeates ja hankedokumentides sätestatud nõuetele, kui need on juba vastavaks tunnistatud.<sup>229</sup> Seoses sellega tekib omakorda

---

<sup>228</sup> Rahandusministeerium, lk 92.

<sup>229</sup> K. Look, lk 8.

küsimus, kas hankija peab juhul, kui ta soovib loodava tarkvara alusplatvormi kasutamise tingimuste üle läbi rääkida, vastavad tingimused siiski hankedokumentides sätestama.

Riigihangete direktiivi art 30 lg 2 kohaselt peavad hankijad pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada esitatud pakkumised hanketeates, kirjeldustes ja võimalikes täiendavates dokumentides sätestatud nõuetele ning leida parim pakkumine majanduslikult soodsaima või madalaima hinnaga pakkumuse alusel. Seega riigihangete direktiivist ei tulene nõuet, et pakkumused tuleb vastavaks tunnistada enne läbirääkimiste algust. Lisaks on RHS § 67 lg 1 pakkumuste vastavaks tunnistamise osas vastuolus RHSi § 65 lg-ga 4, mille kohaselt teeb hankija olukorras, kui avatud või piiratud hankemenetluse või võistleva dialoogi käigus ei esitatud ühtegi hanketeates või hankedokumentides sätestatud tingimustele vastavat pakkumust, hankemenetluse jätkamiseks pakkumuste sisulise mittevastavuse kohta otsuse pakkumusi tagasi lükkamata ning alustab läbirääkimisi. K. Looki sõnul viitab eeltoodu sellele, et läbirääkimised peaksid toimuma enne pakkumuste vastavaks tunnistamist.<sup>230</sup> Samasugusele järeldusele on jõudnud ka vaidlustuskomisjon.<sup>231</sup> Lisaks on RHS § 65 lg-s 4 sätestatud, et hankija alustab läbirääkimisi pakkujatega, kelle esitatud pakkumused on vormiliselt nõuetele vastavad. Arvestades viimast nõustub magistritöö autor küll K. Looki seisukohaga, et läbirääkimised peaksid toimuma enne pakkumuste vastavaks tunnistamist, ent leiab, et tuleks täpsustada, et need peaksid toimuma enne pakkumuste sisulist vastavaks tunnistamist. Magistritöö autor on seisukohal, et RHS § 67 lg 1 vastuolu RHS § 47 lg-ga 2, § 65 lg-ga 4 ja riigihangete direktiivi art 30 lg-ga 2 on võimalik kõrvaldada sellega, kui RHS § 67 lg-sse 1 lisada täpsustus, mille järgi „vastavaks tunnistatud pakkumused” tähendavad üksnes vormilistele nõuetele vastavaks tunnistatud pakkumusi.

Endiselt on lahendamata aga küsimus, et kui hankija soovib alustarkvara kasutamise tingimuste üle läbirääkimisi pidada, kas ta peaks need tingimused sätestama hankelepingu tingimustena, kuna läbirääkimiste eesmärk on RHS § 27 lg 1 ja § 67 lg 1 kohaselt pakkumuste kohandamine vastavalt hankedokumentides sätestatud tingimustele, või jätta need hankedokumentides välja toomata. RHS § 66 lg 3 teise lause kohaselt jätab hankija hankedokumentidesse lisamata RHS § 31 lg-s 2 nimetatud hankedokumentides nõutavatest andmetest need, mis väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse olemusest tulenevalt ei ole pakkumuse esitamise ettepaneku tegemise hetkel määratletavad või mille üle hankemenetluse käigus läbi räägitakse.

---

<sup>230</sup> K. Look, lk 8.

<sup>231</sup> VAKOo 22.03.2012, 43-12/128666, p 12.

Tõlgendades RHS § 66 lg 3 teist lauset grammatiliselt, on tegemist kohustava sättega, kuna selle kohaselt „[h]ankija jätab hankedokumentidesse lisamata” andmed, mille üle läbirääkimisi peetakse. K. Look pooldab antud sätte grammatilist tõlgendust, leides, et läbirääkimisi saab RHS § 66 lg 3 järgi pidada „üksnes nende tingimuste üle, mida hankija ei ole hankedokumentides määranud”.<sup>232</sup> „Riigihangete juhises” on aga leitud, et RHS § 66 lg 3 kohaselt on hankijal „õigus” jätta märkimata hankedokumentidesse andmed, mille üle ta soovib läbi rääkida.<sup>233</sup> Viimast seisukohta pooldab ka Riigikohus: „Lisaks selgesõnaliselt seaduses sätestatud võimalusele läbiräägitavaid andmeid hankedokumentides üldse mitte mainida (RHS § 66 lg 3 teine aluse), ei näe kolleegium põhjust, miks hankedokumendid ei võiks sisaldada läbiräägitavaid andmeid, kui need on hankedokumentides arusaadavalt läbiräägitavatena, st mittesiduvatena tähistatud.”<sup>234</sup> Magistritöö autor nõustub seisukohaga, et läbiräägitavad andmed võib hankedokumentides nimetada, kui hankedokumentidest tulenevalt on selge ja üheselt mõistetav, et need on läbiräägitavad. Selline läbiräägitavate andmete nimetamine hankedokumentides ei riku RHS § 67 lg-st 2 tulenevat nõuet tagada läbirääkimiste ajal pakkujate võrdne kohtlemine, kuna kõigile pakkujatele on teada asjaolud ja tingimused, mille täpne sisu selgub alles läbirääkimiste käigus.

Sellisel juhul ei ole magistritöö autori arvates aga läbiräägitavate andmete üle läbirääkimiste pidamise eesmärk viia pakumused vastavusse hankedokumentides esitatud nõuetele, vaid jõuda kokkuleppele tingimustes või täpsustada tingimusi, mida ei ole hankedokumentides selgelt nõuetena sätestatud. Seda põhjusel, et kui läbiräägitavad andmed on mittesiduvad, siis ei saa neid käsitada pakumistele esitatud nõuetena. Seega ei lahenda RHS § 66 lg 3 eeltoodud tõlgendus kõnealuse sätte vastuolu RHS § 27 lg-st 1 ja § 67 lg-st 1 tuleneva väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse eesmärgiga. RHS § 27 lg-ga 1 ja § 67 lg-ga 1 on võetud üle riigihangete direktiivi art 30 lg 2. Hindamaks, kas läbirääkimised tingimuste üle, mis ei sisaldu hankedokumentides või mis on seal tähistatud läbiräägitavatena, on kooskõlas väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse eesmärgiga, tuleks neid sätteid tõlgendada riigihangete direktiivi art 30 lg 2 alusel.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> K. Look, lk 5.

<sup>233</sup> Rahandusministeerium, lk 92.

<sup>234</sup> RKHKo 3-3-1-13-12 p 32.

<sup>235</sup> Kohustus tõlgendada siseriiklikke õigusakte Euroopa Liidu direktiivide alusel tuleneb Euroopa Kohtu praktiakst. Vt: EKo 11.07.2002, C-62/00, *Marks & Spencer plc vs. Commissioners of Customs & Excise*, p 24.

Riigihangete direktiivi art 30 lg-s 2 on sätestatud, et väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses „peavad ostjad pakkujatega läbirääkimisi, et kohandada esitatud pakkumised hanketeates, kirjeldustes ja võimalikes täiendavates dokumentides sätestatud nõuetele ning leida parim pakkumine artikli 53 lõikega 1 ettenähtud korras”. Kui tõlgendada seda sätet<sup>236</sup> grammatiliselt, peavad hankedokumentides ja võimalikes täiendavates dokumentides olema sätestatud kõik nõuded ammendavalt ning hankija võib läbirääkimisi pidada üksnes pakkumuste vastavusse viimiseks nende nõuetega. Samas, võttes arvesse riigihangete direktiivi art 30 lg 1 p-s c sätestatud, mille järgi on üheks väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise aluseks olukord, kui teenuste laad ei võimalda lepingutingimusi määratleda piisavalt täpselt, et lepingu saaks sõlmida parima pakkumise valimise teel avatud või piiratud hankemenetluses, ei ole läbirääkimiste eesmärk kitsalt pakkumuste vastavusse viimine hankedokumentides sätestatud nõuetele. Nimelt riigihangete direktiivi art 30 lg 1 p c viitab sellele, et väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluses võib läbi rääkida ka tingimuste üle, mida hankedokumentides ei ole võimalik täpselt määratleda. Järelikult koostoides riigihangete direktiivi art 30 lg 1 p-ga c võiks art 30 lg-t 2 tõlgendada laiemalt, hõlmates ka eesmärgi täpsustada ja jõuda kokkuleppele tingimustes, mida ei olnud võimalik hankedokumentides piisavalt täpselt määratleda.

Lisaks tuleb aga arvestada sellega, et RHS § 36 lg 1 järgi ei ole lubatud hanketeate ega hankedokumentide muutmine pärast pakkumuste või hankemenetluses osalemise taotluste esitamise tähtpäeva. Seetõttu leiab magistritöö autor, et kuigi RHS § 66 lg 3 kohaselt ei ole keelatud lisada hankedokumentidesse andmed, mille üle läbi räägitakse, kui need selgelt vastavalt tähistatakse, tuleks RHS § 36 lg-d 1 arvestades jätta need siiski välja toomata, kuna juhul, kui need andmed läbirääkimiste käigus muutuvad, ei ole vastav hankedokumentide muutmine enam lubatud. Nn määratlematute andmete hankedokumentides sätestamata jätmine on kooskõlas ka riigihangete direktiivi art 30 lg 2 tõlgendusega, mille kohaselt ei ole läbirääkimiste eesmärk kitsalt pakkumuste vastavusse viimine hankedokumentides esitatud nõuetega, vaid ka tingimuste täpsustamine, mida teenuste laadist olenevalt ei ole hankedokumentides võimalik piisavalt täpselt määratleda. Seega, kui hankija soovib loodava tarkvara alusplatvormi kasutamise tingimuste üle läbi rääkida, võiks ta kehtivat riigihangete seadust arvestades jätta vastavad tingimused hankedokumentides välja toomata. Lisaks on

---

<sup>236</sup> Riigihangete direktiivi art 30 lg 2 kohta seni Euroopa Kohtu praktika puudub. Seejuures nimetatud säte ei vasta ühelegi riigihankeid reguleeriva varem kehtinud regulatsiooni sättele. Vt: C. D. Koninck, T. Ronse (eds.). European Public Procurement Law. The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Texts and Analysis. The Netherlands: Kluwer Law International 2008, lk 725.



hankijal võimalus vaba tarkvara kasutamise tingimused sätestada pakkumuste hindamise kriteeriumina, kuid sellisel juhul ei saa sarnaselt võistleva dialoogiga nende tingimuste üle läbirääkimisi pidada.

Kui riigihanke eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära, on RHS § 27 lg 3 järgi hankijal alati õigus kasutada väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlust.<sup>237</sup> Kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või suurem kui rahvusvaheline piirmäär, on võimalik kasutada kõnealust hankemenetluse liiki üksnes RHS § 27 lg-s 2 sätestatud juhtudel. Üheks selliseks juhuks on RHS § 27 lg 2 p 3 kohaselt olukord, kui intellektuaalse omandiga seonduvate teenuste, näiteks ehitustööde projekteerimist hõlmavate teenuste olemus ei võimalda määratleda hankelepingu tingimusi piisava täpsusega, et sõlmida hankeleping avatud või piiratud hankemenetluse tulemusena.

Tarkvaraarendusteenuse puhul on tegemist ehitustööde projekteerimisega sarnase teenusega, kuna selle puhul sõlmitakse samamoodi töövõtuleping, milles tuleb muuhulgas reguleerida töö tulemusena valminud AutÕS § 4 lg 2 tähenduses teosega seotud autoriõiguste teostamine.<sup>238</sup> Seega, kui RHS § 27 lg 2 p 3 järgi on ehitustööde projekteerimise teenus loetud oma olemuselt selliseks, mille puhul võib olla raskusi hankelepingu tingimuste täpse määratlemisega, tuleks magistritöö autori arvates selliseks teenuseks lugeda ka tarkvaraarendusteenus. Järelikult on tarkvaraarendusteenuse olemusest tulenevalt võimalik loodava tarkvara hankimiseks RHS § 27 lg 2 p 3 alusel kasutada väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlust ka juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või ületab rahvusvahelist piirmäära. Seda siiski eeldusel, et konkreetsel juhul ei ole võimalik kõiki hankelepingu tingimusi täpselt määratleda. Järelikult on väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetlus loodava tarkvara hankimiseks sobiv ja hankija poolt kasutatav olenemata riigihanke eeldatavast maksumusest.

Läbirääkimised alustarkvara kasutamise tingimuste kui hankelepingu tingimuste üle on võimalikud RHS § 28 lg 1 järgi ka väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses. Seejuures tuleneb RHS § 68 lg-st 2 üheselt ja vastuoludeta, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses tuleb läbiräägitavad tingimused jätta hankedokumentidesse

---

<sup>237</sup> Sellises väljakuulutamise läbirääkimistega kasutamise vabaduses, kui riigihanke eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära, on kirjanduses nähtud vastuolu riigihangete direktiivi põhimõtetega ja Euroopa Kohtu praktikaga. Vt nt: M. Mugur, C. Ginter; K. Look, lk 5. Tulenevalt käesoleva magistritöö eesmärgist magistritöö autor eelnimetatud võimalikku vastuolu lähemalt ei analüüsi ning lähtub kehtivast riigihangete seadusest.

<sup>238</sup> E. Tikk jt, ptk 5.3.; T. Laesson jt (toim). Riigihanke käsiraamat. Tallinn: Äripäeva Kirjastus 2012, ptk 4.1.4.

lisamata. Sarnaselt valmistarkvara hankimisega on ka loodava tarkvara hankimisel võimalik kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust üksnes RHS §-s 28 sätestatud erandlikel juhtudel. Loodava tarkvara hankimise puhul on võrreldes valmistarkvara hankimisega väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamiseks aga lisaks veel üks alus. Nimelt on RHS § 28 lg 6 kohaselt hankijal teenuste hankelepingu sõlmimisel õigus korraldada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlus, kui hankelepingu sõlmitakse ideekonkursi võitjaga või ühega võitjatest ning selline tingimus oli sätestatud ideekonkursi kutses.

Nagu eespool magistritöös mainitud, on ideekonkurss võimalik korraldada üksnes loodava tarkvara hankimiseks. Kui hankija leiab ideekonkursi käigus välja pakutud ideelahenduste hulgast sobiva, on tal selle elluviimiseks kaks võimalust. Esiteks ta võib pärast ideekonkursi lõppemist korraldada lahenduse elluviimiseks eraldi hankemenetluse.<sup>239</sup> Teiseks võib ta juhul, kui selline võimalus on sätestatud ideekonkursi kutses, sõlmida teenuste hankelepingu, kasutades, RHS § 28 lg 6 järgi väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust. Seega tuleb ideelahenduse teostamiseks vajaliku hankelepingu sõlmimiseks kasutada igal juhul mõnda eespool analüüsitud hankemenetluse liiki ning ideekonkurss sellest tulenevalt vaba tarkvara ja ärivara baasil loodavate lahenduste vahel valikuvõimaluse tagamise seisukohast täiendavalt midagi juurde ei anna.

Loodava tarkvara hankimiseks on tagatud valikuvõimalus vabal tarkvaral ja ärivaral põhinevate lahenduste vahel kõige paremini võistlevas dialoogis, väljakuulutamisega läbirääkimistega ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses, kuna neis menetlustes on võimalik alustarkvara kasutamise tingimuste osas hankijal läbirääkimisi pidada. Tuleb aga arvestada, et võistleva dialoogi ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamine juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne või suurem kui rahvusvaheline piirmäär, sõltub sellest, kas esinevad konkreetset riigihangete seaduses sätestatud alused nende menetluste kasutamiseks. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlus on loodava tarkvara hankimiseks tulenevalt tarkvaraarenduse teenuse olemusest kasutatav aga ka juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus ületab rahvusvahelist piirmäära. Seega on loodava tarkvara hankimisel nii ärivaral kui ka vabal tarkvaral põhinevate lahendustega arvestamiseks sobivaimaks hankemenetluse liigiks väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlus.

---

<sup>239</sup> J. Parre, A. Kaljurand, lk 123-124.

### 3. Kehtiva riigihangete regulatsiooni muutmise vajadus ja võimalused

Erialakirjanduses on diskuteeritud selle üle, et ärivara hankimine on võrreldes vaba tarkvaraga soodustatud ning tuleks läbi viia muudatused, mis nende tarkvaraliikide hankimise võimalusi võrdsustaks.<sup>240</sup> Erinevad riigid on niisuguse võrdsuse tagamiseks leidnud erinevad lahendused. Mõnedes riikides on antud välja vaba tarkvara hankimist käsitlevaid riigihangete korraldamise mittesiduvaid juhiseid, teistes aga täiendatud õigusakte.<sup>241</sup>

Magistritöö autor jõudis eelmises peatükis järeldusele, et juhul kui hankijal on vaja just vaba tarkvara või vabal tarkvaral põhinevat lahendust, on võimalik vastavad kasutamise tingimused sätestada hankedokumentides tulevase hankelepingu tingimustena. Seejuures peavad need tingimused, samuti nende sätestamine tulevase hankelepingu tingimustena olema objektiivselt põhjendatud. Järelikult on võimalik vaba tarkvara kasutamise tingimused sätestada tulevase hankelepingu tingimustena vaid erandjuhtudel. Hankija saab vaba tarkvara kasutamise tingimused seada ka pakkumuste hindamise kriteeriumidena, ent see ei taga vaba tarkvara ega vaba tarkvara baasil loodavate lahenduste pakkumist.

Vaba tarkvara ja selle baasil loodavate tarkvaralahenduste arvestamine ärivara lahenduste kõrval on võimalik aga sobiva hankemenetluse liigi kasutamisega. Samas võivad sobiva hankemenetluse liigi kasutamise võimalused olla piiratud. See puudutab just valmistarkvara hankimist, kuna sellisel juhul on võimalik tagada nii ärivara kui ka vaba tarkvara lahenduste pakkumine üksnes väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses. Võttes arvesse, et ärivara on võimalik hankida ka teiste hankemenetluse liikide kasutamisel, ei ole vaba tarkvara ja ärivara valmistoodete hankimise võimalused võrdsed. Loodava tarkvara hankimise puhul on vabal tarkvaral põhinevate lahendustega arvestamiseks rohkem võimalusi, kuna arendajad ei ole üldjuhul seotud kindla tarkvaraga, mistõttu on hankijal võimalik tarkvara alusplatvormi osas arendajatega läbi rääkida. Põhjusel, et tarkvaraarendajad ei ole seotud konkreetse tarkvaraga, ei ole ühegi hankemenetluse liigi kasutamisega automaatselt ärivara baasil loodava tarkvara pakkumised eelistatud. Seega vaba tarkvara ja ärivara baasil loodavate tarkvarade hankimise võimalused on võrdsed. Eeltoodud põhjustel leiab magistritöö autor, et Eestis tuleks võrdsustada vaid vaba tarkvara ja ärivara valmistoodete hankimise võimalusi riigihankemenetluses.

---

<sup>240</sup> B. Fitzgerald, N. Suzor, lk 427; Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium, lk 6.

<sup>241</sup> B. Fitzgerald, N. Suzor, lk 427.

Magistritöö autor leiab, et vaba tarkvara ja ärivara valmistoodete hankimise võimaluste võrdsustamise üks võimalus on riigihangete seaduse täiendamine. Nimelt võiks juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära,<sup>242</sup> olla hankijal võimalus ise tagada hankemenetluses valikuvõimalus vaba tarkvara ja ärivara lahenduste vahel. See on võimalik RHS § 28 lg 7 täiendamisega selliselt, et hankijal oleks lisaks olemasolevatele alustele õigus kasutada väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust juhul, kui hankelepingu esemeks on tarkvara ning eelnevalt mõnda muud hankemenetluse liiki kasutades ei esitatud ühtegi vaba tarkvara pakkumust. Vaba tarkvara mõiste sisustamiseks saaks aluseks võtta näiteks Vaba Tarkvara Sihtasutuse või Avatud Lähtekoodi Initsiatiivi määratluse. Hankijale samasuguse võimaluse andmist loodava tarkvara hankimisel ei pea magistritöö autor vajalikuks, kuna loodava tarkvara alusplatvormi kasutamise tingimuste üle on võimalik läbirääkimistega hankemenetlustes ja võistlevas dialoogis läbi rääkida.

Valmistarkvara hankimisel võiks väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust magistritöö autori poolt välja pakutud juhul kasutada üksnes selleks, et tagada lisaks ärivarale ka vaba tarkvara pakkumine. Säilitades siiski ka väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlusele omase läbirääkimiste pidamise võimaluse. Lisaks peaks hankija olema kohustatud kaasama hankemenetlusesse varasemas hankemenetluses pakkumused esitanud isikud ning hankedokumendid peaksid jääma muutumatuks. Tegemist ei oleks seega uue menetlusega, vaid juba alustatud hankemenetluse jätkamisega. Viimane tähendab muuhulgas seda, et hankija peaks pakkumuste seast lõpliku valiku tegemisel lähtuma hankedokumentides esialgu sätestatud pakkumuste hindamise kriteeriumidest.

Eeltoodud tingimustel valmistarkvara hankimiseks väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise täiendava aluse sätestamisega ei kaasne ohtu, et hankijad võiksid hakata seda kuritarvitama, ning see tagaks konkurentsi vaba tarkvara ja ärivara ning nende pakkujate vahel. Isegi juhul, kui vaba tarkvara on tasuta kättesaadav ja selle litsentsitingimuste järgi ei ole hankijal ka majanduslikku väärtust omavaid kohustusi, mistõttu tarkvara saab hankemenetlust läbi viimata internetist alla laadida, on hankijal teatud juhtudel kasulikum, kui tal on võimalus konkreetsete tarkvarade võrdlemiseks. Näiteks selleks, et teha valik läbimõeldult, saada vajadustele vastav ning kõiki võimalikke kulusid arvestades soodsaim lahendus. Samuti on selline võrdlemise võimalus vajalik selleks, et vältida

---

<sup>242</sup> Sellise tingimuse põhjuseks on asjaolu, et juhul, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne rahvusvahelise piirmääraga või sellest suurem, tuleb riigihangete reguleerimisel lähtuda riigihangete direktiivist.

hilisemaid probleeme, näiteks raskusi tarkvara hooldusteenuse osutaja leidmisel. Turul oleva konkurentsi kasutamine oleks magistritöö autori arvates efektiivsem, kui hankija saaks lõpliku otsuse teha hankemenetluses konkreetseid tarkvarasid võrreldes. Hankijal peaks selline õiguslik võimalus vähemasti olemas olema.

Vaba tarkvara ja ärivara hankimise võimaluste võrdsustamiseks on aga teistes riikides töötatud välja ja kasutusel ka muid lahendusi. Näiteks Rootsis saab vaba tarkvara ja sellega seotud teenuseid hankida lisaks tavapärasele viisile pakkujatelt, kellega on sõlmitud vastav raamleping. 2011. aastal sõlmitud vaba tarkvara raamlepingu poolteks on ühelt poolt viis erinevat vaba tarkvara ja sellega seotud teenuste pakkujat ning teiselt poolt riiklik avalik sektor, mis hõlmab keskvalitsust ja kõiki riigiasutusi, riiklikke koole, kõiki regioonivalitsusi ning enamikku kohalikest omavalitsustest. Lisaks vaba tarkvara raamlepingule on sõlmitud sarnane raamleping kõikvõimaliku tarkvara hankimiseks, hõlmates nii vaba tarkvara kui ärivara hankimist. D. Melini sõnul on Rootsi Euroopa Liidus ainus riik, kus vaba tarkvara hankimiseks niisugune raamleping on sõlmitud. Ka Hispaania riiklik vaba tarkvara tehnoloogiate rakendamise kompetentsikeskus (National Competency Centre for the Application of Open Source Technologies) pooldab Rootsi vaba tarkvara hankimise mudelit. Samas on Hispaanias, aga ka Suurbritannias leitud, et selline lahendus ei ole kooskõlas seal kehtivate riigihangete regulatsioonidega.<sup>243</sup>

Eestis on RHS § 70 lg 1 järgi samuti võimalik raamlepingu sõlmimine, kusjuures sellisel juhul võib nii hankijaid kui ka pakkujaid olla mitu.<sup>244</sup> RHS § 70 lg 3 kohaselt korraldatakse raamlepingu sõlmimiseks samasugune hankemenetlus nagu igasuguse muu hankelepingu sõlmimiseks. Kui raamlepingu pooleks soovitakse vaid vaba tarkvara pakkujat, on selline valikuvõimalus hankijal olemas üksnes väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust kasutades, kuna muude hankemenetluse liikide puhul on hankija valik piiratud talle esitatud taotluste ja pakkumustega ning on vähetõenäoline, et esitatakse üksnes vaba tarkvara pakkumusi. Vastupidi, pigem esitatakse rohkem või koguni ainult ärivara pakkumusi. Sellisel juhul on küll võimalik, et hankija seab pakkumuste hindamise kriteeriumid ja määrab neile osakaalu, millega selgelt eelistatakse vaba tarkvara pakkujaid. Samas on niisuguse üldise tarkvara ja sellega seotud teenuste tellimiseks raamlepingu sõlmimiseks korraldatavas hankemenetluses keeruline, kui mitte võimatu, vaba tarkvara pakkujaid soovivaid pakkumuste hindamise kriteeriume objektiivselt põhjendada. Lisaks eeldavad sellised pakkumuste

---

<sup>243</sup> A. Offerman. Public Open Source Software Procurement Models.

<sup>244</sup> J. Parre. A. Kaljurand, lk 106.

hindamise kriteeriumid, et hankemenetluses vaba tarkvara pakkumusi ka esitatakse. Vastasel juhul ei oma need kriteeriumid pakkumuste hindamisel tähtsust.

Hankedokumentides tulevase hankelepingu tingimuste seadmine selliselt, et raamleping sõlmitakse vaid vaba tarkvara hankimise jaoks, on magistritöö autori arvates samuti keeruline. Nimelt peavad ka sellisel juhul vastavad hankelepingu tingimused olema objektiivselt põhjendatud, mis on jällegi sellise üldise raamlepingu puhul komplitseeritud. Seega jääb ainsaks võimaluseks niisuguse vaba tarkvara raamlepingu sõlmimiseks väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlus. Viimane on aga kasutatav vaid väga erandlikel juhtudel, seda eriti raamlepingute sõlmimisel.<sup>245</sup> Eelnevast tulenevalt leiab magistritöö autor, et Rootsi vaba tarkvara raamlepinguga sarnase raamlepingu sõlmimine Eestis on äärmiselt piiratud.

Lisaks ei ole magistritöö autori hinnangul raamlepingu sõlmimine üksnes vaba tarkvara pakkujatega kooskõlas RHS § 70 lg-ga 2, mille kohaselt ei või hankija sõlmida raamlepingut konkurentsi välistamiseks, piiramiseks ega kahjustamiseks. Nimelt piirab konkurentsi selline raamleping, mille sõlmimisel on automaatselt välistatud ärivara ja sellega seotud teenuste pakkujad. Samuti ei ole raamlepingu sõlmimisel ärivara pakkujate välistamine kooskõlas RHS § 3 p-st 4 tuleneva riigihangete korraldamise üldpõhimõttega, mille kohaselt peab hankija tagama olemasoleva konkurentsi efektiivse ärakasutamise riigihankel. Eeltoodud põhjustel leiab magistritöö autor, et riigihangete seaduse muutmise Rootsi vaba tarkvara raamlepinguga sarnase raamlepingu sõlmimise võimaluste parandamiseks riigihangete seaduses sätestatud üldpõhimõtetega vastuollu minemata ei ole võimalik ning seetõttu selliseid muudatusi teha ei tuleks.

Samas võrdsustaks vaba tarkvara ja ärivara ning nendega seotud teenuste hankimise võimalusi sellise raamlepingu sõlmimine, mille kohaselt on pakkujateks nii vaba tarkvara kui ka ärivara pakkujad. Niisuguse raamlepingu sõlmimine oleks kooskõlas ka riigihangete korraldamise üldpõhimõtetega. Samuti oleks hankijal raamlepingu alusel hankides alati valikuvõimalus ärivara ja vaba tarkvara vahel. Kehtiva riigihangete seaduse järgi on niisuguse raamlepingu sõlmimise võimalused piiratud, kuna valmistarkvara hankimisel pole võimalik kindlustada seda, et hankelepingu poolteks oleksid nii vaba tarkvara kui ka ärivara pakkujad. Magistritöö autor leiab, et selle probleemi ületamiseks võiks RHS § 28 lg-d 7 lisaks eespool väljapakutule täiendada selliselt, et juhtudel, kui raamlepingu eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelist piirmäära, võiks hankijal valmistarkvara ja sellega seotud teenuste raamlepingu sõlmimiseks

---

<sup>245</sup> J. Parre, A. Kaljurand, lk 110.

vaba tarkvara ja ärivara lahenduste ning nendega seotud teenuste pakkujate osalemise tagamiseks kasutada väljakuulutamisetähtaajaga läbirääkimistega hankemenetlust. Ülejäänud eespool väljapakutud tingimused võiks seejuures samaks jääda.

Lisaks riigihangete seaduse muutmisele aitaks ärivara ja vaba tarkvara hankimise võimaluste võrdsustamisele teatud määral kaasa riigihangete seaduse raames nende tarkvaraliikide hankimise võimaluste selgitamine. Niisuguste juhiste näol oleks tegemist abistava meetmega, mis muudaks riigihankemenetluses vaba tarkvaraga arvestamise võimalused hankijale selgemaks. Lisaks ennetaks niisuguste juhiste väljaandmine nn halba hankepraktikat, näiteks vaba tarkvara nõudmist hankedokumentides. Sellel põhjusel võiks juhised käsitleda ka vaba tarkvara ja ärivara baasil loodava tarkvara hankimist. Vaba tarkvara hankimist käsitlevad juhised on välja antud näiteks Hollandis<sup>246</sup> ja Soomes<sup>247</sup>.

Eestis on samuti olemas riigihangete korraldamise kohta selgitavad juhised. Näiteks „Riigihangete juhis”<sup>248</sup> ja „Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitusel”<sup>249</sup>. Seejuures viimases on antud ülevaade, mis on vaba tarkvara, millised on vaba tarkvara litsentsid ning mida arvestada ärivara ja vaba tarkvara vahel valiku tegemisel. Samuti on „Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitusel” rõhutatud, et tulenevalt riiklikust poliitikast tuleb hankijal pakumuste hindamise kriteeriumides või kvalifitseerimise tingimustes nimetada vabale tarkvarale omased kasutamise tingimused. Lisaks on juhitud tähelepanu sellele, et vaba tarkvara nõudmine hankedokumentides ei ole kooskõlas õigusaktidega.<sup>250</sup> Rohkem või täpsemaid selgitusi või juhiseid vaba tarkvaraga arvestamiseks riigihankemenetluses ärivara kõrval aga ei ole. Lisaks on koostatud ka vaba tarkvara hankimise juhised Euroopa Liidu tasandil.<sup>251</sup> Samas on need juhised üldised ega arvesta liikmesriikide siseriikliku õigust. Seetõttu leiab magistritöö autor, et olemasolevaid juhiseid võiks riigihankemenetluses vaba tarkvara ja vaba tarkvara alusel loodava tarkvaraga hankemenetluses arvestamise võimaluste osas täiendada või anda vaba tarkvara ja ärivara ning nendel põhinevate lahenduste võrdseks hankimiseks välja eraldi juhis.

---

<sup>246</sup> The acquisition of (open-source) software.

<sup>247</sup> G. Hillenius. FI: Government encourages open source use by public administrations, 24 February 2009. Arvutivõrgus: <http://joinup.ec.europa.eu/news/fi-government-encourages-open-source-use-public-administrations> (17.01.2013).

<sup>248</sup> Rahandusministeerium.

<sup>249</sup> A. Tanila jt.

<sup>250</sup> A. Tanila jt, lk 13.

<sup>251</sup> R. A. Ghosh jt. OSOR Guidelines. Public procurement and Open Source Software, 2008. Arvutivõrgus: <http://www.opensourcesweden.se/2861> (19.08.2012); R. A. Ghosh jt. Guideline on public procurement.

Lisaks eeltoodule on veel üks abistav meede vaba tarkvara hankimise võimaluste võrdsustamiseks äriaraga. Nimelt on mõnedes riikides, näiteks Suurbritannias, avaldatud informatiivne nimekiri vaba tarkvara alternatiividest äriarale, milles on võrdlevalt loetletud vaba tarkvara ja äriaralahendused.<sup>252</sup> Lisatud on ka kommentaarid tarkvara funktsioonide, omaduste ja nende testimise kohta ning toodud välja, millised suuremad asutused ja ettevõtted konkreetset vaba tarkvara kasutavad.<sup>253</sup> Sarnane nimekiri on olemas ka Austraalias<sup>254</sup> ja Hispaanias<sup>255</sup>. Lisaks on leitud, et sellise informatiivse nimekirja saab koostada ka vaba tarkvara levitajate kohta.<sup>256</sup> Niisuguste nimekirjade koostamist on peetud positiivseks, kuna annab hankijale ülevaatlikult teavet, mis on vajalik erinevate tarkvaralahenduste vahel valiku tegemiseks.<sup>257</sup> Magistritöö autor nõustub sellega, et vaba tarkvara ja nende pakkujate nimekirjad aitavad kaasa vaba tarkvara hankimise võimaluste võrdsustamisele äriaraga. Tegemist ei ole küll õigusliku lahendusega, ent siiski toetab viimast. Seda põhjusel, et kehtivate regulatsioonide muutmise ei oleks kasu nendele hankijatele, kes olemasolevatest vaba tarkvara võimalustest teadlikud ei ole või teavad sellest vaid vähesel määral.

Eelnevast analüüsist tuleneb, et vaba tarkvara valmistoodete hankimise võimalused ei ole vaba tarkvara eripära tõttu võrdsed äriar hankimise võimalustega ning vajalik oleks kasutusele võtta meetmed sellise olukorra parandamiseks. Magistritöö autor leiab, et kõige tulemuslikum viis vaba tarkvara hankimise võimaluste võrdsustamiseks äriaraga on muuta kehtivat riigihangete seadust, luues hankijale võimaluse tagada pakkumuste seas vaba tarkvara lahenduste olemasolu, ent piiramata seejuures äriar pakkumuste esitamist ja nendega arvestamist. Lisaks riigihangete seaduse muutmisele on võimalik kasutada mitteõiguslikke meetmeid, näiteks anda välja vaba tarkvara hankimist käsitlevad mittesiduvad juhised ning koostada vaba tarkvara ja nende pakkujate nimekirjad. Sellised meetmed ei anna iseseisvalt küll lahendust vaba tarkvara ja äriar hankimise võimaluste ebavõrdsuse probleemile, ent siiski tõstavad hankija teadlikkust ning võivad teatud määral vähendada seda probleemi. Samuti aitavad hoida ära nn halba hankepraktikat. Seega on magistritöö autori arvates vaba tarkvara ja äriar hankimise võimaluste võrdsustamiseks vajalik nii riigihangete seaduse muutmine kui ka seda toetavate mitteõiguslike meetmete rakendamine.

---

<sup>252</sup> CabinetOffice.

<sup>253</sup> CabinetOffice.

<sup>254</sup> J. A. Lewis. Government Open Source Policies, 16 April 2010. Arvutivõrgus: <http://csis.org/publication/government-open-source-policies-0> (17.01.2013).

<sup>255</sup> A. Offerman. Public Open Source Software Procurement Models.

<sup>256</sup> A. Offerman. Public Open Source Software Procurement Models.

<sup>257</sup> A. Offerman. Lists of open source alternatives.



## Kokkuvõte

Käesoleva magistritöö eesmärk oli välja selgitada, kas vaba tarkvara ja selle alusel loodavaid tarkvaralahendusi on võimalik riigihankemenetluses hankida võrdselt ärivaraga. Magistritöö autor püstitas hüpoteesi, et kehtiva riigihangete seaduse järgi ei ole vaba tarkvara ja selle alusel loodavate tarkvaralahenduste hankimise võimalused ärivara ja selle alusel loodavate lahenduste hankimise võimalustega võrdsed.

Kõigepealt analüüsis magistritöö autor vaba tarkvara ja ärivara olemust. Vaba tarkvara ja ärivara vahel esinevad olulised erinevused, mis mõjutavad nende tarkvarade kasutusõiguste omandamise võimalusi avalikus sektoris. Nimelt ärivara lähtekoodile puudub kasutajal reeglina juurdepääs, tarkvara kasutamine on üsna piiratud ning tarkvara kasutamise eest tuleb maksta tasu. Samas vaba tarkvara lähtekood on alati avatud, tarkvara kasutajatel on laialdased õigused ning nende õiguste eest tasu maksma ei pea. Seetõttu on üldjuhul vaba tarkvara võrreldes ärivaraga avaliku sektori asutuse jaoks ka säästlikum. Lisaks on vaba tarkvara kasutamiseks avalikus sektoris mitmeid muid põhjuseid. Neist mõni on erialakirjanduses küll kahtluse alla seatud, ent kuna lõpliku valiku tegemine sõltub siiski konkreetse hankija vajadustest, tuleks erinevatest seisukohtadest hoolimata tarkvara hankimisel ärivara kõrval arvestada ka vaba tarkvara lahendustega.

Järgnevalt analüüsis magistritöö autor, kas vaba tarkvara ja selle alusel loodavate tarkvaralahenduste hankimiseks tuleb läbi viia riigihankemenetlus. Riigihangete seaduse kohaldamisalasse kuuluvate tehingute tunnused ja seega kriteeriumid, millele vastavust magistritöö autor vaba tarkvara kasutusõiguste omandamisele ja vaba tarkvara alusel loodavate lahenduste tellimisele riigihangete seaduse kohaldumise väljaselgitamiseks analüüsis, olid järgmised: leping, lepingu esemena ehitustöö, asi või teenus ning vastastikused varalised kohustused.

Magistritöö autor jõudis järeldusele, et juhul, kui vaba tarkvara internetist tasuta alla laaditakse, sõlmitakse selle kasutamiseks Eesti õiguse kohaselt leping. Samuti sõlmitakse leping vaba tarkvara baasil loodava tarkvaralahenduse tellimiseks. Seega on nii vaba tarkvara kasutusõiguste omandamise kui ka vaba tarkvara baasil loodava lahenduse tellimise puhul riigihangete seaduse kohaldamisalasse kuuluvate tehingute nn lepingu kriteerium täidetud. Nii vaba tarkvara kasutusõiguste omandamise kui ka vaba tarkvara baasil loodava lahenduse

tellimise puhul on täidetud ka nn hankelepingu eseme kriteerium. Seejuures on tarkvaraga seotud autoriõigused riigihangete seaduse tähenduses käsitatavad asjadena. Vaba tarkvara baasil loodava lahenduse hankimisel on täidetud ka nn vastastikuste varaliste kohustuste kriteerium. Seega kuulub vaba tarkvara alusel loodava tarkvaralahenduse tellimine riigihangete seaduse kohaldamisalasse ning selle tellimiseks tuleb järgida riigihangete seaduses sätestatud korda. Vaba tarkvara litsentsiga ühinemise korral on nn vastastikuste varaliste kohustuste kriteerium täidetud aga vaid teatud juhtudel. Nimelt juhtudel, kui vaba tarkvara litsentsiga ühinemisel nõutakse tarkvara levitamiskulude hüvitamist või vastuteenet, millel on majanduslik väärtus. Sellistel juhtudel kuulub ka vaba tarkvara kasutusõiguste omandamine riigihangete seaduse kohaldamisalasse. Tasuta vaba tarkvara litsentsiga ühinemine, kui sellega seoses ei nõuta ka mingis muus vormis majanduslikku väärtust omavat kompensatsiooni, riigihangete seaduse kohaldamisalasse ei kuulu. Niisuguse litsentsiga tarkvara võib riigihanget korraldamata internetist alla laadida.

Järgnevalt analüüsis magistritöö autor, kas ja kuidas on võimalik riigihankemenetluses hankida vaba tarkvara ja selle alusel loodavaid tarkvaralahendusi. Magistritöö autor jõudis järeldusele, et kui hankijal on vajadus vaba tarkvara või vaba tarkvara baasil loodava lahenduse järele, on võimalik ja tuleks eelkõige vastavalt sõnastada pakkumuste hindamise kriteeriumid. See tähendab pakkumuste hindamise kriteeriumidena tuleks sätestada vaba tarkvara kasutamise tingimused. Sõltuvalt hanke esemest ja hankija vajadustest saab need seada kas tarkvarale tervikuna või üksnes alusplatvormile. Samuti saab hankija lähtuvalt oma vajadustest omistada kriteeriumidele sobiva ning objektiivselt põhjendatud suhtelise osakaalu.

Lisaks on võimalik vaba tarkvara kasutamise tingimused sätestada tulevase hankelepingu tingimustena. See on siiski võimalik vaid juhul, kui vaba tarkvara kasutamise tingimused ise ning lisaks nende sätestamata jätmine pakkumuste hindamise kriteeriumidena on objektiivselt põhjendatud. Nii pakkumuste hindamise kriteeriumide kui ka tulevase hankelepingu tingimuste sõnastamisel tuleks seejuures hoiduda „vaba tarkvara” nimetamisest, kuna selline viide ei ole täpne ning on seetõttu vastuolus läbipaistvuse põhimõttega. Hankijal on seega võimalik riigihangete seaduse järgi hankida vaba tarkvara ja selle alusel loodavaid lahendusi, väljendades vajadust nende tarkvarade järele pakkumuste hindamise kriteeriumides või tulevase hankelepingu tingimustes.

Vabale tarkvarale osutamise võimalus hankedokumentides ei taga aga seda, et vaba tarkvaraga saab tarkvara hankimisel ka tegelikult arvestada. Nimelt ei pruugi vaba tarkvara

kohta keegi pakkumust esitada, kuna vaba tarkvara levitajad vaba tarkvara kasutusõiguste andmisega tulu ei teeni. Sellele probleemile lahenduse leidmiseks analüüsis magistr töö autor, kas riigihangete seaduses leidub mõni hankemenetluse liik või liigid, mis võimaldaks nii äri vara kui ka vaba tarkvara lahendustega riigihankemenetluses tarkvara hankimisel arvestada.

Selgus, et võrdselt vaba tarkvara ja äri vara lahenduste esindatus on võimalik tagada ning seega äri vara kõrval vaba tarkvaraga arvestada väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetluses. Selle menetluse puhul ei ole isiku hankemenetluses osalemiseks määrav pakkuja või taotleja enda, vaid hankija aktiivsus valimaks välja need, kellega ta läbirääkimisi soovib pidada. Seega saab hankija ise kindlustada, et esindatud oleks ka vaba tarkvara lahendused, mille pakkumine muul juhul, hankija enda aktiivsusega, on üsna ebatõenäoline. Väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetluse kasutamine on aga võimalik vaid erandjuhtudel. Seega on riigihankemenetluses vaba tarkvara lahendustega arvestamist võimaldav hankemenetluse liik olemas, kuid selle kasutamise võimalused on väga piiratud. Samas äri vara hankimine on võimalik oluliste takistusteta ka teiste hankemenetluse liikide kasutamisel. Eeltoodud põhjustel ei ole riigihankemenetluses vaba tarkvara hankimise võimalused võrreldes äri vara hankimise võimalustega võrdsed.

Loodava tarkvara hankimiseks, millisel juhul on hankijal võimalik tarkvara alusplatvormi osas läbi rääkida, on valikuvõimalus vabal tarkvaral ja äri varal põhinevate lahenduste vahel kõige paremini tagatud võistlevas dialoogis, väljakuulutamiset läbirääkimistega ja väljakuulutamiset läbirääkimistega hankemenetluses. Nimetatud menetlustes saab läbirääkimisi pidada nii selleks, et pakutaks vabal tarkvaral põhinevat lahendust, kui ka selleks, et pakutaks äri varal põhinevat lahendust. Seega läbirääkimisi võimaldava hankemenetluse liigi kasutamisel äri varal põhinevad lahendused eelistatud ei ole. Põhjusel, et tarkvaraarendajad ei ole seotud kindla tarkvaraga, ei ole äri vara baasil loodavad lahendused eelistatud ka ühegi teise hankemenetluse liigi kasutamisega. Järelikult on äri vara ja vaba tarkvara alusel loodava tarkvara hankimise võimalused riigihankemenetluses võrdsed.

Eeltoodust tulenevalt leidis magistr töö autori poolt püstitatud hüpotees, et kehtiva riigihangete seaduse järgi ei ole vaba tarkvara ja selle alusel loodavate lahenduste hankimise võimalused äri vara ja äri vara alusel loodava tarkvara hankimise võimalustega võrdsed, kinnitust osas, et võrdsed ei ole vaba tarkvara ja äri vara valmistoodete hankimise võimalused.

Magistritöö autor on seisukohal, et vaba tarkvara valmistoodete hankimise võimalusi tuleks ärivara hankimise võimalustega võrdsustada. Kõige tulemuslikum viis selleks on muuta kehtivat riigihangete seadust, luues hankijale võimaluse tagada ise pakkumuste seas vaba tarkvara lahenduste olemasolu, ent piiramata seejuures ärivara pakkumuste esitamist ja nendega arvestamist. Selleks võiks täiendada RHS § 28 lg-d 7, lisades väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise täiendava alusena juhu, kui hangitakse valmistarkvara ning muu hankemenetluse liigi kasutamise käigus ühtegi vaba tarkvara pakumust ei esitatud. Lisaks võiks RHS § 28 lg-d 7 täiendada selliselt, et väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust võib kasutada ka juhul, kui valmistarkvara ja sellega seotud teenuste raamlepingu sõlmimiseks korraldatud hankemenetluses ühtegi vaba tarkvara lahenduste ja nendega seotud teenuste pakkujat ei osalenud. Sellised muudatused on võimalikud siiski vaid puhkudeks, kui hankelepingu eeldatav maksumus jääb alla rahvusvahelise piirmäära.

Väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetlust võiks eeltoodud juhtudel kasutada üksnes selleks, et tagada lisaks ärivarale ka vaba tarkvara lahenduste pakkumine. Säilitades siiski ka väljakuulutamiseta läbirääkimistele omase läbirääkimiste pidamise võimaluse. Lisaks peaks hankija olema kohustatud kaasama hankemenetlusesse varasemas hankemenetluses pakkumused esitanud isikud ning hankedokumentid peaksid jääma muutumatuks. Tegemist ei oleks seega uue menetlusega, vaid juba alustatud hankemenetluse jätkamisega. Viimane tähendab muuhulgas seda, et hankija peaks pakkumuste seast lõpliku valiku tegemisel lähtuma hankedokumentides esialgu sätestatud pakkumuste hindamise kriteeriumidest. Magistritöö autori arvates oleks turul oleva konkurentsi kasutamine efektiivsem, kui hankija saaks vaba tarkvara ja ärivara vahel valiku teha hankemenetluses konkreetseid tarkvarasid võrreldes. Hankijal peaks selline õiguslik võimalus vähemasti olemas olema.

Lisaks riigihangete seaduse muutmisele on võimalik kasutada ärivara ja vaba tarkvara hankimise võimaluste võrdsustamiseks mitteõiguslikke meetmeid. Näiteks võiks olemasolevaid tarkvara hankimist käsitlevaid juhiseid riigihankemenetluses vaba tarkvara hankimise võimaluste osas täiendada ning koostada vaba tarkvara ja nende pakkujate nimekirjad. Sellised meetmed ei anna iseseisvalt küll lahendust vaba tarkvara ja ärivara hankimise võimaluste ebavõrdsuse probleemile, ent tõstavad hankija teadlikkust ning teatud määral võivad seda probleemi vähendada. Samuti aitavad need hoida ära nn halba hankepraktikat.

# Public procurement of free software and software solutions that are created based on it

## Summary

The aim of the master's thesis is find out whether free software and software solutions that are created based on it can be acquired in the procurement procedure equally with proprietary software and software solutions that are created based on that. Cases where the estimated cost of the public contract is under the public procurement threshold, i.e. cases where it is not necessary to follow the procurement procedure as set out in the Public Procurement Act, fall out of the scope of this thesis. The following thesis is a theoretical study in which the author has mostly used systematic, analytic and modeling methods as research methods.

The author raised a hypothesis that under the current Public Procurement Act free software and software solutions that are created based on it cannot be equally acquired with proprietary software and the software solutions that are created based on that.

First, the author of this thesis analyzed the nature of free software and proprietary software. The analysis showed that there are substantial differences between free software and proprietary software that affect the chances of obtaining their use rights in the public sector. Namely, the user usually does not have access to the source code of the proprietary software, the usage of the software is quite limited and a fee needs to be paid in order to use it. Whereas, the source code of the free software is always available, the users of the software have extensive rights and they do not need to pay the license fees. Therefore, free software generally is a more economical solution for the public sector institutions when compared with the proprietary software. There are additional reasons to use free software in the public sector, for example, the development of information systems become less dependent of specific software developers and products through the usage of free software. It is true that some reasons that favor the usage of free software have been questioned in the legal literature but as the final choice depends on the needs of a specific contracting authority, then the free software solutions should still be taken into consideration alongside with the proprietary software when acquiring software, in spite of all of the different views out there.

Next, the author analyzed whether a public procurement procedure need to be followed when acquiring free software and software solutions that are created based on it. In order to find out whether acquiring the right of use of free software and the solutions based on it falls under the Public Procurement Act, the author analyzed the following features of transactions that fall within the scope of the application of the Public Procurement Act: contract, the object of the contract and mutual material obligations.

The author reached to a conclusion that when free software is downloaded for free from the Internet, under the Estonian legislature a contract of usage is concluded between the parties. This remains to be the case even when the user is not required to give a clear acceptance with the license conditions. In that case, when an entitled person makes the software accessible to others via Internet, it constitutes as an offer. And the use of the software constitutes as an acceptance. The contract is to be regarded as concluded despite whether there is non-compliance with the formal requirements as set out in subsection 1 of Art 49 in the Copyright Act. Consequently, the first criterion of the transactions that falls within the scope of the Public Procurement Act, the criterion of contracts, has been fulfilled. In the case of free software license agreements the second criterion, the object criterion, is also met as in addition to the data medium where the software has been recorded, the right to use the free software is also regarded as a thing under a procurement contract.

Regarding the free software licenses, the third criterion of the procurement contract, the mutual material obligations criterion, is met only in certain cases. Specifically, if a reimbursement of the software distribution costs or a counter service which has an economic value is asked for. The acquirement of free software where there is no requirement of compensation in any form that has an economic value does not fall within the Public Procurement Act's scope. This kind of licensed software can be downloaded from the Internet without organizing a public procurement.

When acquiring software that has been created based on free software, one contracts for a service where all of the criteria concerning the contract, the object of the procurement contract as well as mutual material obligations have been fulfilled. Contracting for software that has been created based on free software thus falls within the scope of the Public Procurement Act and a public procurement procedure need to be carried out.

Next, the author of the thesis analyzed whether and how it is possible to acquire free software and software solutions that have been created based on it in the public procurement process. The author reached to a conclusion that when the contracting authority is in a need for free software or the solutions based on it, then first the tender evaluation criteria need to be formulated. This means that the free software conditions of use should be set as the tender evaluation criteria. These can be set to the software as a whole or only to the core platform depending on the subject matter of the procurement and the contracting authority's need. Furthermore, the contracting authority can specify the relative weight to be attributed to the criteria.

In addition, it is possible to make the free software conditions of use as contractual terms in a prospective procurement contract. This is however possible only when the free software conditions of use and their non-applicability as tender evaluation criteria can objectively be justified by the contracting authority. When formulating tender evaluation criteria as well as the terms of a prospective procurement contract, the use of term "free software" should be avoided as such a reference is not accurate and is therefore contrary to the principle of transparency. Thus, under the Public Procurement Act the contracting authority can acquire free software and the solutions which are created based on it and express its needs for the software in the tender evaluation criteria or in the terms of the prospective procurement contract.

However, a reference to free software and to the solutions based on it in the contract documents does not guarantee that they can actually be relied on when acquiring the software. Namely, there might be no tenders for the free software as free software distributors do not earn profit when granting free software rights of use. In order to find a solution for this problem, the author of this thesis analyzed whether there are any such procurement procedure types in the Public Procurement Act that would enable to take into consideration in the public procurement procedure both the proprietary as well as fee software solutions.

It turned out that in order to consider the free software finished products alongside with proprietary software solutions, the most appropriate procurement procedure type is negotiated procedure without prior publication of a contract notice as then it is not up to the supplier or applicant but the contracting authority to be active in choosing with whom it wants to negotiate. The use of the aforementioned procurement procedure is however possible only in exceptional cases. Therefore, even though there is a procurement procedure type available

that equally takes into consideration the proprietary software as well as free software solutions, but its use is limited.

In order to acquire the software that is developed, in which case the contracting authority can negotiate on the issue of the core platform of the software, the choice between free software and proprietary software solutions is best ensured when entering into a competitive dialogue and negotiated procedure without prior publication of a contract notice.

Thus, free software and the solutions based on it are available for consideration under the Public Procurement Act in addition to proprietary software and the solutions based on it when using a suitable procurement procedure. On the other hand, a suitable procurement procedure type is not always available. It foremost concerns the procurement of already finished software as then the tender of the proprietary and free software solutions can be ensured only through the negotiated procurement procedure without prior publication of a contract notice, the basis of the use of which are quite limited. When acquiring developed software, the contracting authority can use different procurement procedures that enable negotiating in order to ensure tenders of proprietary software solutions as well as free software solutions. In doing so, negotiations can take place for free software based tenders as well as for proprietary software based solutions. Because software developers are not tied to specific software, no tenders of software that is based on proprietary software are favored in any procurement procedure type.

Thus, there is an equal opportunity to acquire software either based on proprietary or free software.

Inequalities rise therefore only when comparing the acquirement of the finished products of proprietary software with the opportunities to acquire free software finished product. Therefore, the hypothesis posed by the author of this thesis stating that under the current Public Procurement Act the opportunities to acquire free software and the solutions based on it are not equal with the opportunities to acquire proprietary software and the solutions based on that was partially confirmed.

The author is of the opinion that the opportunities to acquire free software should be made equal with the opportunities to acquire proprietary software. The most beneficial way make this happen is to change the present Public Procurement Act by creating a possibility for the contracting authorities to ensure that there are free software solutions among the tenders, but



without prejudice to the submission and consideration of proprietary software tenders. Subsection 7 of article 28 of the Public Procurement Act could be amended to this end by adding an additional basis for the use of negotiated procedure without prior publication of contract notice for cases when finished software is acquired and no other free software tenders were submitted during other procurement procedure types. In addition, subsection 7 of article 28 of the Public Procurement Act could be amended to this end by adding an additional basis also for the use of negotiated procedure without prior publication of contract notice when there were no suppliers of free software solutions and services related to them in the procurement procedure for the framework agreement of finished software products and the services related to them. The amendments could be made for the cases where the estimated cost of the public contract is under the international threshold. It is the author's view that competition in the market would be more effective if the contracting authority was able to choose between the free software and proprietary software during the procurement procedure by means of comparison. At the very least, this kind of legal instrument should be made available to him.

The negotiated procedure without prior publication of a contract notice should only be used in order to ensure that there are free software solutions' tenders, in addition to proprietary software. But while still making sure that there is room for negotiations that is typical to negotiated procedure without prior publication of a contract notice. In addition, the contracting authority should be obliged to include in the procurement procedure all the other entities who submitted their tenders earlier in the procurement procedure, whereas the contract documents should remain unchanged. Therefore, it would not be a new procedure but the continuance of an already began procurement procedure. This would mean, among other things, the contracting authority has to make his final selection among the tenders by taking into account the initial tender evaluation criteria laid out in the contract documents.

In addition to amending the Public Procurement Act, there are other non-legal measures to make the acquirement of proprietary and free software more equal. For example, the existing instructions concerning the acquirement of software in the public procurement procedure could be amended on the question of free software acquirement and a list of free software and its providers could be created. Such measures in themselves do not provide a solution to the problems of inequality between the opportunities to acquire free and proprietary software, but they do raise the contracting authority's awareness and may decrease the problems at least by a certain extent.

## Lühendid

1. eds. – toimetajad
2. EK – Euroopa Kohus
3. EÜK – Üldkohus
4. i.e. – see on
5. kd - köide
6. Komm vlj – kommenteeritud väljaanne
7. koost – koostaja
8. ls – lause
9. m – määrus
10. o – otsus
11. ptk – peatükk
12. RKHK – Riigikohtu halduskolleegium
13. RKTK – Riigikohtu tsiviilkolleegium
14. TlnRnK – Tallinna Ringkonnakohus
15. TlnHK – Tallinna Halduskohus
16. toim – toimetaja
17. VAKO – riigihangete vaidlustuskomisjon

## Kasutatud allikad

### Kasutatud kirjandus

1. Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement. London: Sweet and Maxwell 2005, 2nd edition 2008.
2. CabinetOffice. Open Source Software Options for Government. Version 2.0, April 2012. Arvutivõrgus: [https://update.cabinetoffice.gov.uk/sites/default/files/resources/Open\\_Source\\_Options\\_v2\\_0.pdf](https://update.cabinetoffice.gov.uk/sites/default/files/resources/Open_Source_Options_v2_0.pdf) (17.12.2012).
3. Carver, B. W. Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses. – Berkeley Technology Law Journal 2005/20.
4. Cenotos. Centos on the Web. Arvutivõrgus: [http://mirror.centos.org/centos/6/os/x86\\_64/](http://mirror.centos.org/centos/6/os/x86_64/) (14.04.2013).
5. Comino, S., Manenti, F. M., Rossi, A. Public Intervention for Free/Open Source Software (June 22, 2010). Arvutivõrgus: <http://ssrn.com/abstract=1628566> (13.11.2012).
6. Daffara, C., González-Barahona, J. M. (eds.). Free Software/Open Source: Information Society Opportunities for Europe? April 2000, version 1.2. Arvutivõrgus: <http://eu.conecta.it/paper.pdf> (05.02.2013).
7. Davidson, S. J. A Primer on Open Source Software for Business People and Lawyers. Arvutivõrgus: [http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/opensource\\_software\\_primer.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/opensource_software_primer.pdf) (07.04.2013).
8. Eesti Äritarkvara Liit. Arvutitarkvara liigid. Arvutivõrgus: <http://www.tarkvaraliit.ee/et/Arvutikasutajale/Arvutitarkvara-liigid-> (20.09.2012).
9. Eesti Äritarkvara Liit. Litsentsitingimused. Arvutivõrgus: <http://www.tarkvaraliit.ee/et/Arvutikasutajale/Litsentsitingimused> (20.09.2012).
10. European Commission. Annex 2 to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions 'Towards interoperability for European public services'. COM(2010) 744 final. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/isa/documents/isa\\_annex\\_ii\\_eif\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/isa/documents/isa_annex_ii_eif_en.pdf) (20.04.2013).
11. European Commission. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf) (27.12.2012).

12. Europe Economics. Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services: SMART 2011/0044. D2 – Overview of Procurement Practices. Arvutivõrgus: <http://cordis.europa.eu/fp7/ict/ssai/docs/study-action23/d2-finalreport-29feb2012.pdf> (13.11.2012).
13. Evans, D. S., Reddy, B. J. Government Preferences for Promoting Open-Source Software: A Solution in Search of a Problem. – Michigan Telecommunications and Technology Law Review 2003/9.
14. Fitzgerald, B., Olwan, R. The Legality of Free and Open Source Software Licences: the Case of *Jacobsen v. Katzer*. – M. Perry and Brian F Fitzgerald (eds.). Knowledge Policy for the 21st Century: A Legal Perspective. Canada: Irwin Law 2011.
15. Fitzgerald, B., Suzor, N. Legal Issues for the Use of Free and Open Source Software in Government. – Melbourne University Law Review 2005/29.
16. Free Software Foundation. Licenses. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/licenses/licenses.html#GPL> (06.02.2013).
17. Free Software Foundation. The free software definition. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html> (22.08.2012).
18. Free Software Foundation. The Free Software Foundation (FSF) is a nonprofit with a worldwide mission to promote computer user freedom and to defend the rights of all free software users. Arvutivõrgus: <http://www.fsf.org/about/> (12.02.2013).
19. Free Software Foundation. Various Licenses and Comments about Them. Arvutivõrgus: <http://fsf.org/licenses> (20.08.2012).
20. Ghosh, R. A. jt. Guideline on public procurement of Open Source Software, 2010. Arvutivõrgus: <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/studies/OSS-procurement-guideline-public-final-June2010-EUPL-FINAL.pdf> (19.08.2012).
21. Ghosh, R. A. jt. OSOR Guidelines. Public procurement and Open Source Software, 2008. Arvutivõrgus: <http://www.opensourcesweden.se/2861> (19.08.2012).
22. Ghosh, R. A. jt. Study on the: Economic impact of open source software on innovation and the competitiveness of the Information and Communication Technologies (ICT) sector in the EU. Final Report. 20 November 2006. Arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/files/2006-11-20-flossimpact\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/files/2006-11-20-flossimpact_en.pdf) (19.08.2012).
23. Giles, B. "Consideration" and the open source agreement. – Computers and Law Journal 2002/9.
24. Guidelines FOSS. Arvutivõrgus: <http://www.osepa.eu/pdeliverables/index.php> (22.08.2012).

25. Hakkaja, M. Infotehnoloogilistele lahendustele riigihangete korraldamise küsimusi hankija seisukohast. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2012.
26. Heffan, I. V. Copyleft: Licensing Collaborative Works in the Digital Age. – Stanford Law Review 1997/49.
27. Hillenius, G. FI: Government encourages open source use by public administrations, 24 February 2009. Arvutivõrgus: <http://joinup.ec.europa.eu/news/fi-government-encourages-open-source-use-public-administrations> (17.01.2013).
28. Höppner, J. P. The GPL prevails: An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL. – SCRIPTed – A Journal of Law, Technology & Society 2004/1. Arvutivõrgus: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/issue4/GPL-case.pdf> (12.01.2013).
29. Java-Source.net. Open Source Software in Java. Arvutivõrgus: <http://java-source.net/> (14.04.2013).
30. Kalvi, A. Autorilepingu uus kuub. – Juridica 2003/IV.
31. Koninck, C. D. , Ronse, T. (eds.). European Public Procurement Law. The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities. Texts and Analysis. The Netherlands: Kluwer Law International 2008.
32. Köhler, H. Tsiviilseadustik. Üldosa. Õpik. Tallinn: Juura 1998.
33. Laesson, T. (toim) jt. Riigihanke käsiraamat. Tallinn: Äripäeva Kirjastus 2012.
34. Lauren, A. (koost). Riigihangete seadus: riigihangete seaduse seletuskiri. Tallinn: Agitaator 2007.
35. Lessig, L. Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. New York: The Penguin Press, 2004. Arvutivõrgus: <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf> (09.03.2013).
36. Lessig, L. The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World. New York: Random House 2001.
37. Lewis, J. A. Government Open Source Policies, 16 April 2010. Arvutivõrgus: <http://csis.org/publication/government-open-source-policies-0> (17.01.2013).
38. Look, K. Läbirääkimistega hankemenetluste rakendamise alused. Arvutivõrgus: [https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-13802.pdf) (01.12.2012).
39. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium. Riigi infosüsteemi koosvõime. Tarkvara raamistik. Versioon 2, 2012. Kinnitatud majandus- ja kommunikatsiooniministri

- käskkirjaga 12-0106, 19.03.2012. Arvutivõrgus:  
<http://www.riso.ee/et/koosvoime/tarkvara> (25.08.2012).
40. Ministerial Declaration on eGovernment. Malmö, 18 November 2009. Arvutivõrgus:  
<https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/ministerial-declaration-on-egovernment-malmo.pdf> (13.12.2012).
41. Mugur, M., Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. – Juridica 2010/IV.
42. Mõtsküla, P. P. Tarkvara õiguskaitse perspektiivid võrgustunud ühiskonnas. – Juridica 2006/VI.
43. Mõtsküla, P. P. Vaba tarkvara litsentside süstemaatiline analüüs. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikool 2009.
44. MySQL. MySQL Licensing Policy. Arvutivõrgus:  
<http://www.mysql.com/about/legal/licensing/index.html> (14.04.2013).
45. OFE Procurement Monitoring Report 2011 – 2nd Snapshot: EU Member States practice of referring to specific trademarks when procuring for Computer Software Packages and Information Systems between the months of October and December 2011. Arvutivõrgus:  
<http://ebookbrowse.com/procurement-monitoring-report-feb-2012-final-pdf-d343829702> (13.11.2012).
46. Offerman, A. Lists of open source alternatives to proprietary software packages, 13 December 2012. Arvutivõrgus: <https://joinup.ec.europa.eu/software/studies/lists-open-source-alternatives-proprietary-software-packages> (05.01.2013).
47. Offerman, A. Public Open Source Software Procurement Models: The Next Generation, 5 April 2012. Arvutivõrgus: <http://joinup.ec.europa.eu/elibrary/case/public-open-source-software-procurement-models-next-generation> (25.08.2012).
48. Office of Government Commerce. EU Procurement Guidance: Introduction to the EU procurement rules. Arvutivõrgus: [http://www.essex.gov.uk/Business-Partners/Supplying-Council/Documents/110117\\_Introduction\\_to\\_the\\_EU\\_rulesa.pdf](http://www.essex.gov.uk/Business-Partners/Supplying-Council/Documents/110117_Introduction_to_the_EU_rulesa.pdf) (13.02.2012).
49. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – Juridica 2007/VIII.
50. Open Source Initiative. Open Source Licenses. Arvutivõrgus:  
<http://opensource.org/licenses> (20.08.2012).
51. Open Source Initiative. The Open Source Definition. Arvutivõrgus:  
<http://opensource.org/osd.html> (22.08.2012).

52. Pan-European eGovernment Services Committee. Conclusions and recommendations on Open Document Formats, 2006. Arvutivõrgus:  
<http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc56e9.pdf?id=26971> (07. 01.2013).
53. Parre, J., Kaljurand, A. Riigihange: põhimõtted, hankija ja hankeleping. Tallinn: Äripäev 2008.
54. PHP. PHP Licensing. Arvutivõrgus: <http://php.net/license/index.php> (14.04.2013).
55. PostgreSQL. License. Arvutivõrgus: <http://www.postgresql.org/about/licence/> (14.04.2013).
56. Public procurement: Commission examines discriminatory specifications in supply contracts for computers in four Member States. IP/04/1210, 13 October 2004.  
Arvutivõrgus: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-1210\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1210_en.htm?locale=en) (13.11.2012).
57. Public procurement: Commission takes action against Spain to correct breaches of EU law. IP/06/443, 4 April 2006. Arvutivõrgus: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-443\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-443_en.htm?locale=en) (13.11.2012).
58. Põldmaa, H. Soovitused vabavara kasutamiseks riigiasutustes. Versioon 1.0.  
Arvutivõrgus: <http://www.riso.ee/et/koosvoime/tarkvara> (25.08.2012).
59. Rahandusministeerium. Riigihangete juhised, Tallinn 2012. Täiendatud 23.11.2012.  
Arvutivõrgus: [https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document\\_library/get\\_file?uuid=2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca&groupId=11726](https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=2e8e02c3-e122-4022-87e0-182642b2f4ca&groupId=11726) (09.01.2013).
60. Rosen, L. Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law. New Jersey: Prentice Hall PTR 2005.
61. Rosentau, M. AITP LISA 1. Arvutitarkvara töövõtu- ja autorilepingu tüüptingimused. Versioon 1.0. Arvutivõrgus:  
[http://dw.riik.ee/@api/deki/files/90/=AITP\\_Lisa\\_1\\_Autorilepingu\\_t%25c3%25bc%25c3%25bcptingimused\\_v1-0.pdf](http://dw.riik.ee/@api/deki/files/90/=AITP_Lisa_1_Autorilepingu_t%25c3%25bc%25c3%25bcptingimused_v1-0.pdf) (24.10.2012).
62. Rosentau, M. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori isiklikud õigused. – Juridica 2007/IX.
63. Rosentau, M. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori varalised õigused. – Juridica 2010/X.
64. Rosentau, M. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogia valdkonnas. Infotehnoloogilise loomingu olemus. – Juridica 2008/III.
65. Rosentau, M. Riigi ja kohaliku omavalitsuse asutuste poolt tellitava arvutitarkvara autoriõiguste omandamise, litsentseerimise ja teenusepõhise kasutuse Põhimõtted.

- Version 1.0 / 20.11.2008. Arvutivõrgus: [http://www.riso.ee/et/failid/AITP\\_1-0.pdf](http://www.riso.ee/et/failid/AITP_1-0.pdf) (19.08.2012).
66. Schmitz, P.-E. Part 3: The Open Source Market Structure. – European Commission. Study into the use of Open Source Software in the Public Sector, June 2001. Arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doccec2a.pdf?id=1974> (14.01.2013).
67. Siedlecka-Van Rumst, A. Validity Issues of Open Source Licenses in European Union – the EU's Solution. – Masaryk University Journal of Law and Technology 2008/2.
68. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2010.
69. Simovart, M. A.. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näiteid vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica 2012/II.
70. Stallman, R. Free Software: Freedom and Cooperation. Speech at New York University. New York, 29 May 2001. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/events/rms-nyu-2001-transcript.txt> (05.10.2012).
71. Stallman, R. New Unix implementation. Initial Announcement, 27 September 1983. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/gnu/initial-announcement.html> (09.01.2013).
72. Stallman, R. Why Open Source misses the point of Free Software. Arvutivõrgus: <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html> (07.02.2013).
73. Suzor, N., Fitzgerald, B., Bassett, G. Legal Issues for the Use of Free and Open Source Software in Government. Arvutivõrgus: <http://flosshub.org/sites/flosshub.org/files/suzorfitzgeraldbasset.pdf> (19.08.2012).
74. Tanila, A. jt (koost). Riigi infosüsteemi koosvõime. Tarkvaraalaste riigihangete korraldamise soovitused. Tarkvara raamistik. Versioon 2.0. Tallinn 2011. Arvutivõrgus: <http://www.riso.ee/et/koosvoime/tarkvara> (25.08.2012).
75. The acquisition of (open-source) software: A guide for ICT buyers in the public and semi-public sectors. Netherlands in Open Connection (NOiV), 2008. Arvutivõrgus: [http://cc.com.au/sites/cc.com.au/files/acquisition\\_of\\_open-source\\_software\\_-\\_text.pdf](http://cc.com.au/sites/cc.com.au/files/acquisition_of_open-source_software_-_text.pdf) (19.08.2012).
76. Tikk, E. jt. IT-lepingute käsiraamat. Tallinn: Äripäeva Kirjastus 2005.
77. Tõnnisson, K. Avalike organisatsioonide juhtimine. Riigi- ja kohaliku omavalitsuse ametnike pädevuskoolituse õppematerjal. Arvutivõrgus: <http://www.riigikantselei.ee/arhiiv/atp/Koolitus/oppematerjal/AO%20juhtim.htm> (12.01.2013).
78. Varul, P. jt (koost). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1–207). Komm vlj. Tallinn: Juura 2006.



79. Williams, S. Free as in Freedom. Richard Stallman's Crusade for Free Software.  
Arvutivõrgus: <http://oreilly.com/openbook/freedom/ch00.html> (09.01.2013).

## Kasutatud normatiivmaterjal

80. Maailma Intellektuaalse Omandi Organisatsiooni autoriõiguse leping. – RT II, 06.07.2006, lk 39.
81. Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts. – L 013, 15/01/1977, lk 0001 – 0014.
82. Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts. – L 199, 09/08/1993, lk 0054 – 0083.
83. Euroopa Komisjoni 28.11.2007. a määrus (EÜ) nr 213/2008, millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ riigihankemenetluste kohta seoses CPV läbivaatamisega . – ELT L 74, 15.03.2008, lk 1-375.
84. Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31.03.2004. a direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 114-240 (eestikeelne eriväljaanne: ptk 6, kd 7, lk 132-262).
85. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon. – ELT C 83, 30.03.2010, lk 47-200.
86. Autoriõiguse seadus. – RT I 1992, 49, 615 ... RT I, 28.12.2011, 5.
87. Riigihangete seadus. – RT I 2007, 15, 76 ... RT I, 06.07.2012, 13.
88. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216 ... RT I, 06.12.2010, 12.
89. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 05.04.2013, 4.

## Kasutatud kohtu- ja riigihangete vaidlustuskomisjoni praktika

### Euroopa Kohtu praktika

90. EKo 13.11.1990, C-06/89, *Marleasing SA vs. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*.
91. EKo 24.01.1995, C-359/93, *Commission of the European Communities vs. Kingdom of the Netherlands*.

92. EKo 17.07.1997, C-28/95, *A. Leur-Bloem vs. Inspecteur der Belastingdiebst/Ondernemingen Amsterdam 2*.
93. EKo 12.07.2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti jt*.
94. EKm 03.12.2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard vs. Spøttrup Boligselskab*.
95. EKo 11.07.2002, C-62/00, *Marks & Spencer plc vs. Commissioners of Customs & Excise*.
96. EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs. CAS Succhi di Frutta SpA*.
97. EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH vs. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*.
98. EKo 20.10.2005, C-264/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs. Prantsuse Vabariik*.
99. EKo 18.01.2007, C-220/05, *Jean Auroux jt vs. Commune de Roanne*.
100. EKo 12.03.2008, T-345/03, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Ühenduste Komisjon*.
101. EKo 19.05.2009, C-538/07, *Assitur Srl vs. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*.
102. EÜKo 20.11.2011, T-461/08, *Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs. Euroopa Investeerimispank (EIP)*.

#### Eesti kohtute praktika

103. RKTko 3-2-1-1-06.
104. RKTko 3-2-1-124-06.
105. TlnRnko 3-10-3225.
106. RKHko 3-3-1-65-11.
107. TlnHko 3-11-2614.
108. RKHko 3-3-1-2-12.
109. RKHko 3-3-1-39-12.
110. RKHko 3-3-1-13-12.

#### Riigihangete vaidlustuskomisjoni praktika

111. VAKOo 02.12.2010, 228-10/120741.
112. VAKOo 21.10.2011, 199-11/127796.
113. VAKOo 13.12.2011, 235-11/128888.
114. VAKOo 10.02.2012, 14-12/128888.
115. VAKOo 22.03.2012, 43-12/128666.

116. VAKOo 25.05.2012, 98-12/132833.

## Muu kohtupraktika

117. LG München 21 O 6123/04, 09.07.2004, *Harald Welte vs. Sitecom Deutschland GmbH* (English translation). Arvutivõrgus:

[http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment\\_dc\\_munich\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/fileadmin/download/judgment_dc_munich_gpl.pdf) (12.01.2013).

118. *Robert Jacobsen vs. Matthew Katzer and Kamind Associates, Inc.* United States Court of Appeals for the Federal Circuit 06-CV-1905, 13.08.2008. Arvutivõrgus:

[http://wiki.creativecommons.org/images/9/98/Jacobson\\_v\\_katzer\\_fed\\_cir\\_ct\\_of\\_appeals\\_decision.pdf](http://wiki.creativecommons.org/images/9/98/Jacobson_v_katzer_fed_cir_ct_of_appeals_decision.pdf) (12.01.2013).

## Kasutatud muud allikad

119. European Union Public Licence (EURL). Arvutivõrgus:

<http://joinup.ec.europa.eu/software/page/eupl> (02.10.2012).

120. GNU General Public License. Version 3, 29 June 2007. Arvutivõrgus:

<http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0-standalone.html> (09.01.2013).

121. P2P (Peer-to-Peer) network (2). e-Teatmik: IT ja sidetehnika seletav sõnaraamat.

Arvutivõrgus: <http://www.vallaste.ee/index.htm?Type=UserId&otsing=2747> (17.02.2013).

122. Reciprocal Public Licence (RPL-1.5). Version 1.5, 15 July 2007. Arvutivõrgus:

<http://opensource.org/licenses/RPL-1.5> (24.02.2013).

123. The BSD 2-Clause License. Arvutivõrgus: <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.php> (10.01.2013).

124. The MIT License (MIT). Arvutivõrgus: <http://opensource.org/licenses/MIT> (10.01.2013).

## **Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks**

Mina, Mariann Sirgmets,  
(sünnikuupäev: 29.07.1988)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

**„Vaba tarkvara ja selle alusel loodavate tarkvaralahenduste hankimine avalikus sektoris”,**

mille juhendaja on Mario Rosentau,

1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
  2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
  3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 06.05.2013. a.